

Volkswirtschaftliche Schriften

Heft 170

Die volkswirtschaftliche
Bedeutung und rechtliche Zulässigkeit
von Verkaufssyndikaten

Von

Ursula Martin



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

1970



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548314_0030

Die volkswirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Zulässigkeit von Verkaufssyndikaten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Staatswirtschaftlichen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Ursula Martin
1970

Referent: Prof. Dr. Steindorff
Korreferent: Prof. Dr. Pfister
Tag der mündlichen Prüfung: 14. 12. 1970



URSULA MARTIN

**Die volkswirtschaftliche Bedeutung und
rechtliche Zulässigkeit von Verkaufssyndikaten**

Volkswirtschaftliche Schriften

Herausgegeben von Dr. J. Broermann, Berlin

Heft 170

Die volkswirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Zulässigkeit von Verkaufssyndikaten

Von

Ursula Martin



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
Gedruckt 1971 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41
Printed in Germany
ISBN 3 428 02474 5

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	9
B. Die wettbewerbspolitische Konzeption des GWB	11
I. Der Wettbewerbsbegriff des GWB	11
1. Vollständige und vollkommene Konkurrenz	13
2. Funktionsfähiger und dynamischer Wettbewerb	17
3. Juristische Wettbewerbsdefinitionen	20
II. Die wirtschafts- und gesellschaftspolitische Zielsetzung des GWB	22
C. Umfang und Folgen der Wettbewerbsbeschränkungen durch Syndikatsbildung	
I. Die Einschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit der Kartellbeteiligten	29
II. Die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit Dritter	36
III. Ökonomische Auswirkungen der Freiheitseinschränkung	41
1. Marktform	41
a) Ausgangslage	41
b) Typische Marktformen nach Syndikatsbildung	42
2. Wirkung auf die Marktpreise	45
a) Die Preispolitik des Syndikats	45
b) Die Beeinträchtigung des Preismechanismus	49
c) Einkommensverschiebung zugunsten der Kartellbeteiligten	50
d) Weiterwirkung des Preiseffekts auf nachgelagerte Wirtschafts- stufen	53
e) Das Argument der „Preisstabilisierung“	53
f) Verlagerung auf Qualitätswettbewerb	56
3. Absatz und Produktion	57
a) Der gesamtwirtschaftliche Restriktionseffekt	57
b) Der kartellinterne Aspekt	58
aa) Ohne vertragliche Absatzregelung	58
bb) Bei Quotenvereinbarung	59

4. Syndikat und Beschaffungsmarkt	61
5. Syndikat und offene Märkte (potentieller Wettbewerb)	62
6. Wirtschaftlicher Fortschritt und Investitionspolitik	65
a) Syndikat und Kosten	66
b) Die Beharrungstendenz eines Syndikats	68
c) Negative Auswirkungen auf das Rationalisierungsstreben von Außenseibern	71
d) Möglichkeit von Kapitalfehlleitungen wegen des verringerten Investitionsrisikos	72

D. Die Zielsetzung des § 5 GWB und die Verwaltungspraxis bei der Zulassung von Verkaufssyndikaten

I. Die wettbewerbspolitischen Ziele des § 5 Abs. 2 und 3	77
1. Die Tatbestandsmerkmale von § 5 Abs. 2 und 3	78
2. Vergleich zwischen kartelliertem und kartellfreiem Zustand	82
II. Partielle Betrachtung der ökonomischen Vorteilhaftigkeit der Wett- bewerbsbeschränkung für die Kartellbeteiligten	87
1. Der Rationalisierungserfolg im Sinne von § 5 Abs. 2	88
a) Produktionsbereich	89
aa) Auftragslenkung des Syndikats	89
bb) Marktübersicht	96
cc) Qualitätskontrolle und -verbesserung	97
dd) Gemeinsame Forschung	98
b) Absatzbereich	99
aa) Zentralisierung der Vertriebsorganisation	99
bb) Absatz von Kuppelprodukten	103
cc) Frachtlenkung	104
dd) Werbungskosten	112
2. Rationalisierungsbegriff und Dauer des Syndikats	113
a) Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag	114
b) Rationalisierung als Sicherung eines bestehenden Zustandes ..	115
c) Vertriebskosten und spezifische Wettbewerbskosten	117
d) Rationalisierung als dynamischer Prozeß	119

III. Die volkswirtschaftlichen Voraussetzungen in § 5 Abs. 2 und 3	121
1. Die bessere Bedarfsbefriedigung	122
2. Das Interesse der Allgemeinheit	130
3. Das angemessene Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung	132
4. Mißbrauchsaufsicht und Auflagen	143

E. Ergebnis

145

Literaturverzeichnis

147

Abkürzungsverzeichnis

BB	= Der Betriebs-Berater. Verlagsgesellschaft „Recht und Wirtschaft“ mbH Heidelberg.
BT-Drucks.	= Bundestags-Drucksache.
DB	= Der Betrieb. Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht. Verlag Handelsblatt GmbH Düsseldorf.
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung.
HdSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften. Stuttgart, Tübingen, Göttingen.
JZ	= Juristenzeitung. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.
MA	= Der Markenartikel. Hrsg. Hans Lutz.
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt am Main.
Ordo	= Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft. Hrsg. Franz Böhm, Friedrich A. Lutz, Fritz W. Meyer.
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
SZ	= Süddeutsche Zeitung.
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis mit Kartellrecht und Wettbewerbsrecht. Hrsg. Deutscher Fachverlag GmbH Frankfurt/Main.
WuW	= Wirtschaft und Wettbewerb.
WuW/E	= WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht.
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. Hrsg. Kurt Ballerstedt und Ernst Steindorff, Stuttgart.

A. Einführung

Kartelle sind schon seit Ende des 19. Jahrhunderts immer wieder Gegenstand harter Auseinandersetzungen gewesen. Von ihren Befürwortern werden sie gepriesen als Träger wirtschaftlicher Selbstverwaltung, als fortschrittliche Organisationsform, die den Anforderungen der wirtschaftlichen Entwicklung gerecht wird. Von ihren Gegnern werden Kartelle als Eingriff in die Marktwirtschaft, als gesamtwirtschaftlich schädlich und als egoistisches Machtinstrument zur Durchsetzung eigener Ziele gegen den Widerstand des Marktes angesehen.

Seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. 2. 1897¹ herrschte in Deutschland Kartellfreiheit. Die Kartellverordnung vom 2. 11. 1923 unterstellte zwar Kartelle der staatlichen Aufsicht. Sie konnte aber nur extreme Auswüchse des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht verhindern. Die Kartellverordnung blieb nahezu wirkungslos.

Die lange Kartelltradition in Deutschland wurde nach 1945 zunächst durch die alliierten Dekartellierungsbestimmungen beendet.

Bei der politischen Neuordnung der Bundesrepublik Deutschland nach 1945 erreichte die Kartelldebatte einen Höhepunkt während der Vorarbeiten zur Schaffung eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Neben die Auseinandersetzung über die volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeit von Kartellen trat — vorbereitet vor allem durch die ordnungspolitischen Vorstellungen der Freiburger Schule und hier insbesondere durch die privatrechtstheoretischen Untersuchungen Böhm's — die Diskussion über die rechtliche Zulässigkeit von Kartellen, die zu der Forderung nach einer Verbots- bzw. Mißbrauchsgesetzgebung führte.

Gegner des Verbotsprinzips hielten ein grundsätzliches Kartellverbot für unvereinbar mit dem Grundgesetz. Denn ein Kartellverbot verletze die Vertragsfreiheit, die von Art. 2 Abs. 1 GG garantiert werde. Dagegen betonten Verfechter des Kartellverbots, daß Kartelle das Prinzip der Gewerbefreiheit in Frage stellen, die Grundlagen der Privatrechtsordnung durch Mißbrauch der Freiheit aushöhlen und letztlich gegen das Grundgesetz verstoßen.

¹ RGZ Bd. 38, S. 155.

Die zehnjährige Auseinandersetzung — das GWB trat am 1. 1. 1958 in Kraft — führte zu einer Kompromißlösung. § 1 GWB statuiert zwar ein grundsätzliches Kartellverbot. Diese Entscheidung gegen die Zulässigkeit von Kartellen wird aber durch zahlreiche Ausnahmeregelungen — die Einzelausnahmen der §§ 2—8 GWB und die Bereichsausnahmen — abgeschwächt. Die Auseinandersetzung über die rechtliche Zulässigkeit und wirtschaftliche Zweckmäßigkeit von Kartellen ist daher nicht beendet. Das zeigen auch die konkreten Änderungsabsichten der Bundesregierung.

Wenn man mit einem Gesetz, das sich gegen Wettbewerbsbeschränkungen richtet, die rechts- und wirtschaftspolitischen Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigen will, müssen folgende Forderungen erfüllt sein:

1. Die Freiheitsrechte des einzelnen werden auch im wirtschaftlichen Bereich garantiert.
2. Das Gesetz dient dem wirtschaftspolitischen Ziel der optimalen Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Dienstleistungen.

An diesen Grundsätzen müssen dann, wenn mit einem Kartellverbot Ernst gemacht werden soll, auch die Ausnahmeregelungen gemessen werden.

Das soll in dieser Arbeit am Beispiel von Verkaufssyndikaten gezeigt werden. Sie gehören zu den am straffsten organisierten Kartellen und führen daher auch zu einer besonders weitgehenden Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der betroffenen Marktteilnehmer. Syndikate kollidieren aber nicht nur mit der freiheitlichen Zielsetzung des GWB, sondern widersprechen auch der wirtschaftspolitischen Forderung nach möglichst großer ökonomischer Effizienz einer Volkswirtschaft. Grundsätzlich geht davon das GWB aus. Unter den speziellen Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 und Abs. 3 GWB soll jedoch durch Syndizierung ein gesamtwirtschaftlich günstigeres Ergebnis erzielt werden als unter Wettbewerbsbedingungen. Diese Annahme ist nicht gerechtfertigt. Selbst dann, wenn die Bedingungen von § 5 Abs. 2 und Abs. 3 GWB erfüllt sind, werden die volkswirtschaftlich schädlichen Folgen dieser schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung nicht vermieden. Daher sind Syndikate mit den Zielsetzungen des GWB nicht zu vereinbaren.

Im folgenden soll versucht werden, den Nachweis für die Richtigkeit dieser These zu erbringen.

B. Die wettbewerbspolitische Konzeption des GWB

I. Der Wettbewerbsbegriff des GWB

Die rechtliche Zulässigkeit von Syndikaten kann nur an der Grundsatzentscheidung des § 1¹ und an den besonderen Zielen, die der Gesetzgeber mit § 5 Abs. 2 und 3 verfolgt, gemessen werden. Es ist daher zunächst die wettbewerbspolitische Konzeption, auf der das GWB beruht, und der Wettbewerb als zentraler Begriff dieses Gesetzes zu klären.

Mit der Verabschiedung des GWB hat der Gesetzgeber eine ordnungspolitische Grundsatzentscheidung zugunsten einer freien Wettbewerbswirtschaft getroffen und die Marktwirtschaft mit dem Wettbewerb als dominierendem Prinzip anerkannt².

Das GWB dient dem Schutz des Wettbewerbs. Diese Zielsetzung ergibt sich aus § 1, der ein grundsätzliches Kartellverbot ausspricht und damit bestimmten vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen die rechtliche Anerkennung verweigert, und aus den §§ 22 ff., die die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen konstituieren³.

Welcher Wettbewerb wird aber vom GWB geschützt? Unbestritten ist, daß nur der lautere Wettbewerb vom GWB erfaßt wird⁴. Der Begriff des lautereren Wettbewerbs ist aber zu unscharf, um den Wettbewerbsbegriff des Gesetzes zu kennzeichnen.

¹ Paragraphen ohne Gesetzesangaben sind solche des GWB.

² Vgl. z. B. *Günther*, Eberhard: Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 36.

³ u. a. *Knöpfle*, Robert: Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln, Berlin, Bonn, München 1966, S. 151 f.; auf die Frage, warum § 1 bestimmte Wettbewerbsbeschränkungen unterbinde, gebe es zunächst nur eine sinnvolle Antwort: weil der Wettbewerb geschützt werden soll.

⁴ So auch die amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil C, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., Berlin 1958, S. 1076; Urteil des BGH vom 26. 10. 61 — WuW/E BGH 451 (455) „Export ohne WBS“ — mit Hinweis auf die amtliche Begründung. Diese Folgerung ergibt sich schon daraus, daß vom GWB nicht ein Wettbewerb geschützt werden kann, der nach einem anderen Gesetz — hier dem UWG — unzulässig ist.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß der lautere Wettbewerb nicht ohne weiteres mit dem Begriff des Leistungswettbewerbs

Das GWB enthält keine Legaldefinition des Wettbewerbs. Sie wurde vom Wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages für unmöglich erachtet⁵. Weder im nationalökonomischen noch im juristischen Schrifttum wird eine bestimmte Wettbewerbsdefinition allgemein akzeptiert.

In der volkswirtschaftlichen Literatur wird die Ansicht vertreten, daß der Begriff des Wettbewerbs wegen der Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens zu komplex und daher nicht genau abgrenzbar sei⁶. Es wird bezweifelt, ob überhaupt eine allgemeingültige Definition möglich sei⁷. Der Wettbewerb, dessen Realisierung Ziel der Wettbewerbspolitik sei, könne nur indirekt und negativ normiert werden, indem Regeln anordnen, was die Marktteilnehmer nicht tun dürfen⁸. Angesichts dieser Problematik ist die Vielfalt der Definitionsversuche entsprechend groß.

Man versteht unter Wettbewerb eine bestimmte Marktform — hier werden Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Vorliegen Wettbewerb besteht — oder Verhaltensweisen von Anbietern (bzw. Nachfragern)

gleichgesetzt werden darf. Denn ein Wettbewerb, der möglicherweise vom UWG erfaßt und als unlauter klassifiziert wird, kann im ökonomischen Sinne durchaus Leistungswettbewerb sein: z.B. die vergleichende Werbung, die typischer Leistungswettbewerb sein kann und doch als unlauter gilt. Hier zeichnet sich allerdings ein Wandel in der Rechtsprechung ab, zumindest in einem Teilbereich. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH verstößt eine Werbung, die den eigenen Preis mit dem empfohlenen Richtpreis vergleicht, nicht gegen §§ 3 und 1 UWG (z.B. Urteil des BGH vom 10.6.64, WuW/E BGH 629 „20 % unter dem empfohlenen Richtpreis“; vom 5.1.66, WuW/E BGH 737 ff. „Richtpreiswerbung Uhren I“; vom 23.2.68, WuW/E BGH 938 „40 % können Sie sparen“). Besonders deutlich zeigt sich die mögliche Diskrepanz zwischen Leistungswettbewerb im ökonomischen Sinne und unlauterem Wettbewerb im Sinne des UWG bei der vertikalen Preisbindung. Die herrschende Meinung gegenüber der Durchbrechung der Preisbindung durch Außenseiter (z.B. Urteil des BGH vom 10.1.64, WuW/E BGH 567 „Maggi“) führt dazu, daß die „guten Sitten“ allein dem Schutz und der Durchsetzbarkeit der vertikalen Preisbindung dienen (vgl. *Plassmann*, Norbert: JZ 1964, 670 ff.; *Steindorff*, Ernst: Die guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: *Summum ius, summa iniuria*, Tübingen 1963, insbes. S. 59 ff./72 ff.).

⁵ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/3644/1158, II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse, abgedruckt in: *Gemeinschaftskommentar*, 1. Aufl., a.a.O., S. 1173.

⁶ z.B. *Gabriel*, Siegfried: MA 1960, 248; *Machlup*, Fritz: Wettbewerb (III), in: *HdSW*, 12. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 36.

⁷ *Schulz*, Karl-Ernst: Zur Frage eines wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbskonzepts, Diss., Freiburg i. Br. 1965, S. 24; siehe auch *Bernhard*, Richard C.: Unternehmensgröße und Monopol in den Vereinigten Staaten, in: *Ordo* XI, 1959, S. 218: Der Begriff Wettbewerb sei rein theoretischer Natur, ungeeignet zur Klassifizierung von Märkten.

⁸ *Hoppmann*, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: *Grundlagen der Wettbewerbspolitik*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 48, Berlin 1968, S. 47.

im Hinblick auf den Einsatz ihrer Aktionsparameter und damit auch verschiedene Wettbewerbsarten (z. B. Preis- oder Qualitätswettbewerb). Weiter beschreibt man Wettbewerb durch die Leistungen, die er erbringen soll. Man interpretiert ihn im Sinne eines dynamischen Marktprozesses (initiativer und imitatorischer Wettbewerb⁹), oder man unterscheidet zwischen tatsächlichem und potentielltem Wettbewerb¹⁰.

Die verschiedenen Wettbewerbsdefinitionen können unterteilt werden in wertfreie und wertende¹¹. Der Wettbewerb, der gemäß wettbewerbspolitischer Zielsetzungen hergestellt und gesichert werden soll, dient als Leitbild und beinhaltet „eine normative, wertsetzende Idealisierung“¹².

1. Vollständige und vollkommene Konkurrenz

Seit Beginn der Diskussion um das GWB ist immer wieder, insbesondere von Gegnern des Kartellverbots, teilweise mit dem Ziel, das der Industrie unbequeme Gesetz zu Fall zu bringen, betont worden, dieses Gesetz versuche die vollständige Konkurrenz im Sinne Walter Euckens zu verwirklichen¹³.

Diese Konzeption habe sich nicht von den Prämissen der vollkommenen Konkurrenz gelöst. Sie sei nur ein theoretisches Modell, das einen statischen Gleichgewichtszustand beschreibe, nicht realisierbar, auch nicht in der Wirklichkeit des wirtschaftlichen Lebens anzutreffen¹⁴. Daher sei die vollständige Konkurrenz als Leitbild der Wettbewerbspolitik ungeeignet¹⁵. Vor allem die Voraussetzungen homo-

⁹ u. a. *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 35 f.; *Hoppmann*, Erich: Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, in: *Ordo* XVIII, 1967, S. 88 ff.

¹⁰ Vgl. hierzu u. a.: *Gabriel*, Siegfried: MA 1960, 251; *Hoppmann*, Erich: WuW 1966, 105 f.; *Machlup*, Fritz: Wettbewerb (III), a.a.O., S. 36 ff.

¹¹ *Machlup*, Fritz: Wettbewerb (III), a.a.O., S. 37 ff.

¹² *Hoppmann*, Erich: WuW 1966, 102.

¹³ u. a. *Benisch*, Werner: WuW 1956, 493; *Borchardt*, Knut/*Fikentscher*, Wolfgang: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Stuttgart 1957, S. 1 ff.: Dem Regierungsentwurf liege der Wettbewerbsbegriff Walter Euckens zugrunde, der höchstens einen sehr geringen Teil der Wettbewerbsverhältnisse erfasse und daher juristisch unbrauchbar sei.

Dörinkel, Wolfram: DB 1967, 1883; *Fikentscher*, Wolfgang: WuW 1955, 207; v. *Köhler*, Karl-Heinz: NJW 1967, 2190; *Lutz*, Hans: NJW 1957, 1297 ff.

¹⁴ Knöpfles Kritik ist weitgehender. Er greift nicht den Abstraktionsgrad des Modells der vollständigen Konkurrenz an, sondern behauptet, sie wirke tendenziell anders als der Wettbewerb des praktischen Lebens. „Die oligopolistische Konkurrenz ist gegenüber der vollständigen kein minus, sondern ein aliud“, a.a.O., S. 195.

¹⁵ *Schulz*, Karl-Ernst, a.a.O., S. 86 ff.

gener Güter¹⁶, des Fehlens von Präferenzen und der Mengenanpassung entsprächen nicht den Verhältnissen des tatsächlichen Wettbewerbs. Von diesen Kriterien gehe Eucken zwar nicht aus, sie seien aber eine Bedingung für seine Annahme, der einzelne Anbieter nehme den Marktpreis als Datum hin, da er nicht damit rechne, ihn beeinflussen zu können¹⁷. Der statische Charakter des Modells widerspreche dem dynamischen Prozeß des tatsächlichen Wirtschaftsablaufs und werde insbesondere der Frage des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts nicht gerecht. Da der Gesetzgeber sich dieses Leitbild zu eigen gemacht habe, presse die Wirklichkeitsfremdheit des GWB die Wirtschaft in einen ihr nicht gemäßen Rahmen¹⁸.

Die Behauptung, der Wettbewerbsbegriff des GWB orientiere sich an der wettbewerbstheoretischen Konzeption der vollständigen Konkurrenz, wird meist mit dem Hinweis auf die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs belegt. Sicherlich lassen wesentliche Ausführungen in der amtlichen Begründung den Einfluß der Freiburger Schule deutlich erkennen. So wird z. B. aus der Ablehnung einer Zentralverwaltungswirtschaft und der Entscheidung für eine Marktwirtschaft im Sinne „einer durch bewußte Ordnung des Wettbewerbs und durch marktkonforme staatliche Mittel ... gesteuerten Wirtschaft“¹⁹ die Aufgabe des Gesetzes hergeleitet, die Marktform der vollständigen Konkurrenz in möglichst großem Umfang zu erhalten. Vor allem an der Folgerung, die Marktverfassung der freien Marktwirtschaft bedinge die Marktform des vollkommenen Wettbewerbs, d. h. die Zahl der Marktteilnehmer auf beiden Marktseiten müsse so groß sein, daß der Marktpreis für den einzelnen Anbieter im wesentlichen von seinem Verhalten unabhängig, für ihn also ein Datum sei²⁰, lassen sich die ordoliberalen Vorstellungen vom Wettbewerb nachweisen. Es findet sich aber ebenso in der amtlichen Begründung die Feststellung, daß auf bestimmten Märkten die vollständige Konkurrenz nicht herzustellen sei; hier müsse eine mißbräuchliche Ausnutzung der Markstellung verhindert werden²¹.

¹⁶ Gegen das Kriterium der Homogenität siehe Eucken, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1965, S. 101/105.

¹⁷ Siebler, Heinz-Ulrich: Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Frankfurt am Main 1966, S. 26 f.

¹⁸ So auch Borchardt, Knut und Wolfgang Fikentscher, a.a.O., S. 10.

¹⁹ Begründung zu einem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil A, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1058.

²⁰ Ebd., S. 1059.

²¹ Ebd., S. 1059 f.

Auch der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik betrachtet die Marktform der vollständigen Konkurrenz als wettbewerbspolitisch wünschenswertes Leitbild der Marktwirtschaft, die aber in der Wirklichkeit häufig nicht gegeben sei²². Dem widersprechen allerdings die Ausführungen zum Wettbewerbsbegriff. Wenn „unter wirtschaftlichem Wettbewerb jede Art wirtschaftlicher Handlungen zu verstehen ist, die darauf gerichtet ist, sich im Wirtschaftskampf auf Kosten eines Wettbewerbers einen Vorsprung zu verschaffen“²³, so wird offensichtlich eine Oligopol-situation angesprochen²⁴.

Aus dem Einfluß der neoliberalen Wettbewerbskonzeption und dem Hinweis auf den vollständigen Wettbewerb in der Begründung zum Regierungsentwurf kann jedoch nicht gefolgert werden, daß der Wettbewerbsbegriff des GWB identisch ist mit der vollständigen Konkurrenz, also auch nur diese vom Gesetz geschützt werden soll, noch daß das GWB sie zu verwirklichen trachte. Ein solcher Versuch wäre zum Scheitern verurteilt²⁵, was von den Verfechtern eines grundsätzlichen Kartellverbots und den Verfassern des Kartellgesetzes auch erkannt und immer wieder betont wird²⁶.

Die Angriffe gegen die Definition des Wettbewerbs im Sinne der vollständigen Konkurrenz lassen eine klare Trennung zwischen Wirtschaftsmodell und -prozeß vermissen. Das Modell der vollständigen Konkurrenz ist ein Instrument zur wissenschaftlichen Erkenntnis der wirtschaftlichen Wirklichkeit²⁷. Das theoretische Modell abstrahiert zwangsläufig von der Vielfalt des wirtschaftlichen Lebens. Denn die

²² Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/3644/1158, I. Generalbericht des Abgeordneten Dr. Hellwig, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1165.

²³ Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/3644/1158, II. Kartellverträge und Kartellbeschlüsse, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1175.

²⁴ So auch Röper, Burkhard: Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 18, Berlin 1960, S. 276 f.

²⁵ Günther, Eberhard: MA 1959, 272.

²⁶ z. B. Erhard, Ludwig: MA 1955, 161; vgl. Hoppmann, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 9, Anm. 2: Die Behauptung (unter Hinweis auf die Begründung des Regierungsentwurfs), das GWB habe die Marktform der vollkommenen Konkurrenz zum Leitbild, sei unzutreffend, sowohl unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes als auch des Einflusses, der vom amerikanischen Antitrustrecht ausging (dessen Leitbild sei nie die „vollkommene Konkurrenz“ gewesen).

²⁷ Eucken weist ausdrücklich darauf hin, daß die nationalökonomische Theorie — ebenso wie die Morphologie — ein Instrument der Erkenntnis sei, nicht aber das Ziel (in: Grundlagen der Nationalökonomie, a.a.O., S. 228).

Zusammenhänge eines komplexen Sachverhalts lassen sich nur dann erkennen und erklären, wenn dieser Sachverhalt auf seine Grundformen zurückgeführt wird²⁸. Das Modell des vollständigen Wettbewerbs besagt lediglich, daß unter den Voraussetzungen dieses Modells ganz bestimmte Ergebnisse eintreten. Wenn nun diese Folgen mit den Zielen der angestrebten Wirtschaftsordnung übereinstimmen, dann können Gesetzgebung und Wirtschaftspolitik Daten setzen — z. B. mit einer Kartellgesetzgebung —, um auf den Ablauf des Wirtschaftsprozesses in einem bestimmten Sinne → z. B. Verhinderung wirtschaftlicher Machtpositionen — Einfluß zu nehmen.

Gegen die Behauptung, Leitbild des GWB sei das Modell der vollständigen Konkurrenz, spricht noch ein weiterer Gesichtspunkt: Das Kartellverbot wird von so vielen Ausnahmeregelungen durchbrochen und gilt für einige Wirtschaftsbereiche überhaupt nicht, daß der Wettbewerb im Sinne des GWB nicht sehr viel Gemeinsamkeit mit dem Modell der vollständigen Konkurrenz aufweisen kann²⁹. Die vom GWB — trotz generellen Kartellverbots — vollzogene Unterscheidung in ökonomisch schädliche und ökonomisch nützliche Kartelle³⁰ ermöglicht es weiterhin, Kartelle als Instrument der Marktregulierung zu benutzen. Auch die Disparität zwischen Verbotsprinzip bei Kartellen und Mißbrauchsprinzip bei marktbeherrschenden Unternehmen kann in keiner Weise mit der neoliberalen Wettbewerbskonzeption begründet werden. Die neoliberalen Vorstellungen gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen: Entflechtung oder strenge staatliche Lenkung unter Anwendung des Prinzips des „Als-Ob-Wettbewerbs“, sofern der betreffende Markt nicht in den Zustand der vollständigen Konkurrenz zurückzuführen ist³¹, haben in den unzureichenden Maßnahmen des GWB gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen (§§ 22 ff.) keinen Niederschlag gefunden.

Aus der Begründung zum Regierungsentwurf läßt sich also nicht folgern, daß dem GWB ein wirklichkeitsfremder Wettbewerbsbegriff zugrunde liegt. Vielmehr wird der Hinweis auf die vollständige Konkurrenz in der Weise zu interpretieren sein, daß der Gesetzgeber soviel Wettbewerb, wie auf realen Märkten möglich ist, für erforderlich

²⁸ Vgl. *Eucken*, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, a.a.O., S. 110/162 ff.

²⁹ *Steindorff*, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurt am Main 1959, S. 13 f.

³⁰ Damit ist im GWB ein „ökonomischer Positivismus“ verankert (vgl. *Biedenkopf*, Kurt: Wirtschaftsordnung ist Rechtsordnung! Vortrag auf dem Wirtschaftstag der CDU/CSU am 26./27. 6. 69, Zum Dialog, Nr. 18, S. 5).

³¹ Vgl. z. B. *Miksch*, Leonhard: Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Godesberg 1947, S. 98 ff.

hielt, um weitgehend die Wirkungen des Wettbewerbs zu erreichen, die im theoretischen Modell besonders klar zutage treten³².

2. Funktionsfähiger und dynamischer Wettbewerb

Den Theorien des funktionsfähigen Wettbewerbs ist die Ablehnung des Modells der vollkommenen Konkurrenz gemeinsam³³. Untersuchungsobjekt ist der Wettbewerb auf unvollkommenen Märkten. Besondere Bedeutung gewinnt der oligopolistische Markt, der zwar zahlreiche Wettbewerbsbeschränkungen aufweist, im Sinne dieser Theorien aber die Ergebnisse unbeschränkten Wettbewerbs in hinreichendem Umfang gewährleistet³⁴. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt wird mit Tests über Marktstruktur, Marktverhalten und/oder Marktergebnis geprüft. Diese Kriterien sollen nicht nur Aufschluß geben, unter welchen Voraussetzungen Wettbewerb noch wirksam ist, sondern sie sollen auch die Frage beantworten, ob im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen wegen ihrer „Nützlichkeit“ im Hinblick auf den wirtschaftlichen Fortschritt zweckmäßig sind.

Durch die Thesen Kantzenbachs hat diese Richtung eine weitere Ausprägung erfahren³⁵. Die optimale Wettbewerbsintensität sei in der Marktform des weiten Oligopols mit unvollkommener Produkt-homogenität und Markttransparenz bei normaler Kapazitätsauslastung annähernd erreicht³⁶. Die dynamischen Funktionen des Wettbewerbs: Anpassungsflexibilität und technischer Fortschritt seien im weiten Oligopol am besten erfüllt. Diese Marktform gewährleiste die

³² Zustimmung: Böhm, Franz, z. B. in: WuW 1953, 178; Griesbach, Bernhard: BB 1962, 1014; Mestmäcker, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 29, Berlin 1963, S. 311 f. Auch in der Nationalökonomie wird heute weitgehend die Meinung vertreten, die vollständige Konkurrenz zeige idealtypisch die Voraussetzungen, unter denen der Wettbewerb im Zustand des Gleichgewichts seinen höchsten Wirkungsgrad erreicht; vgl. statt vieler: Wessels, Theodor: Über wirtschaftspolitische Konzeptionen des Wettbewerbs, in: Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festgabe für Alfred Müller-Armack, Berlin 1961, S. 23.

³³ Zur Darstellung der „workable competition“-Konzeptionen u. a.: Hoppmann, Erich: Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 145 ff.; Kühne, Karl: Funktionsfähige Konkurrenz, Berlin 1958.

³⁴ Vgl. Machlup, Fritz: Wettbewerb (III), a.a.O., S. 46.

³⁵ Kantzenbach, Erhard: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967.

³⁶ Ebd., S. 39 ff.

Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und müsse folglich Leitbild einer rationalen Wettbewerbspolitik sein. Der Schwerpunkt bei Kantzenbachs Untersuchungen liegt auf dem Wachstum der Wirtschaft. Der Aspekt wirtschaftlicher Freiheit bleibt unberücksichtigt³⁷.

Im Ergebnis greifen die Theorien des funktionsfähigen Wettbewerbs dann doch auf den Maßstab der vollkommenen Konkurrenz zurück, den sie grundsätzlich vermeiden wollen, wenn partiell untersucht werden soll, ob Wettbewerbsbeschränkungen Wirkungen zeigen, die den betreffenden Markt dem Zustand bei unbeschränkter Konkurrenz nähern oder von diesem entfernen³⁸.

Eine exakte und allgemeingültige Definition des „workable competition“ gibt es noch nicht; ebenso ist die dahinterstehende ordnungspolitische Konzeption nicht klar und ausreichend entwickelt³⁹. Das aber ist unbedingt für ein Leitbild praktischer Wettbewerbspolitik erforderlich. Gleichwohl ist des öfteren und in zunehmendem Ausmaß vom Konzept des „workable competition“ als dem Leitbild des GWB gesprochen worden⁴⁰. Ob es sich jedoch hierbei nur um ein bewußtes Abrücken vom Modell der vollständigen Konkurrenz handelt, nicht um eine Fixierung der theoretischen „workable competition“-Konzeption, ob letztlich also festgestellt wird, das GWB erfasse den Wettbewerb der Realität, sei dahingestellt⁴¹.

³⁷ Zur Kritik an den Thesen Kantzenbachs siehe insbes. *Hoppmann*, Erich: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 179, Stuttgart 1966, S. 286 ff.; *Kaufer*, Erich: Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, ebd., S. 481 ff.; vgl. dazu die Erwiderung *Kantzenbachs*: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 181, Stuttgart 1967/68, S. 193 ff. und die Replik *Hoppmanns*: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, ebd., S. 251 ff.

³⁸ Vgl. *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 309 ff./311.

³⁹ *Hoppmann*, Erich: Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a.a.O., insbes. S. 147/156. *Hoppmann* bezeichnet den Versuch, den funktionsfähigen Wettbewerb positiv im einzelnen zu beschreiben, als verfehlt (in: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 48). *Siebler*, Heinz-Ulrich, a.a.O., S. 113; *Schulz*, Karl-Ernst, a.a.O., S. 218.

⁴⁰ z. B. *Günther*, Eberhard: Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, a.a.O., S. 12; ders.: WuW 1964, 113: Der funktionsfähige und dynamische Wettbewerb sei der Wettbewerbsbegriff des GWB; ders.: WuW 1967, 91: Im GWB sei das Schutzbjekt Wettbewerb bewußt nicht definiert. Das Gesetz lasse eine Auslegung im Sinne der Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs zu.

⁴¹ Vgl. auch (allerdings im Hinblick auf die Wettbewerbsordnung der EWG) von der Groeben, Hans: WRP 1965, 290; er definiert funktionsfähigen Wettbewerb als praktisch wirksamen, effektiven Wettbewerb, der insbesondere freien Zugang zum Markt, Preisflexibilität, keine künstliche Beschränkung von Produktion und Absatz und Betätigungs- und Wahlfreiheit von Lieferanten, Abnehmern und Verbrauchern erfordere.

Während die Konzeption des „workable competition“ noch im Ansatzpunkt der monopolistischen Theorie verharret, wird beim Begriff des dynamischen Wettbewerbs ungleichgewichtigen Situationen besondere Bedeutung beigemessen, da Wettbewerbshandlungen ihre größte Intensität bei Störung des Gleichgewichts erreichen. Wettbewerb wird erklärt als dynamischer Marktprozeß, als Koordinierungsprozeß⁴². Hier werden zwei Phasen des Wettbewerbsprozesses, die einander folgen und sich überlagern, unterschieden: Einerseits die Phase initiatorischen Wettbewerbs, die durch die Aktion eines einzelnen Unternehmers ausgelöst wird und ihm kurzfristig einen Vorsprung schafft, also Präferenzen gewährt, andererseits der sich anschließende Imitationswettbewerb (Reaktion der anderen), der den in der ersten Phase erzeugten Präferenzen entgegenwirkt und die auf Grund der Neuerung erzielten monopolistischen Renteneinkommen wieder verschwinden läßt⁴³.

Dieses Wechselspiel zwischen Vorstoß und Nachziehen, welches das Wesen des Wettbewerbs ausmacht⁴⁴, setzt voraus: Freiheit im Einsatz der Aktionsparameter für alle Marktteilnehmer, Gebrauch dieser Freiheit wenigstens von einem Teil und eine Marktstruktur, die den Einsatz eines Aktionsparameters auch tatsächlich erlaubt. Innerhalb dieser Theorie wird die Marktstruktur nicht mehr als exogen gegeben aufgefaßt. Sie ist vielmehr Ziel wettbewerblicher Aktivitäten⁴⁵.

Im Gegensatz zu den Konzeptionen des funktionsfähigen Wettbewerbs versucht die dynamische Wettbewerbstheorie nicht, den Wettbewerb positiv zu beschreiben und Normen aufzustellen, die die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Hinblick auf eine überindividuelle ökonomische Zielvorstellung gewährleisten sollen. Vielmehr definiert sie den Wettbewerb negativ, indem sie die Praktiken kennzeichnet, die geeignet erscheinen, die Wirksamkeit des wettbewerblichen Koordinierungsprozesses in Frage zu stellen. Zur Sicherung eines freien

⁴² Vgl. zum folgenden insbes.: *Hopmann*, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 9 ff.; ders.: Zum Schutzobjekt des GWB, in: *Wettbewerb als Aufgabe*, a.a.O., S. 85 ff.; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 35 ff.

⁴³ Siehe auch *Lachmann*, Ludwig M.: Marktwirtschaft und Modellkonstruktionen, in: *Ordo* XVII, 1966, S. 277; *Lutz*, Friedrich A.: Bemerkungen zum Monopolproblem, in: *Ordo* VIII, 1956, S. 32; *Schulz*, Karl-Ernst, a.a.O., S. 109 f. Ansatzpunkte im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für das Jahr 1963, BT-Drucks. IV/2370, S. 10, wo darauf hingewiesen wird, daß Wettbewerb als Verhaltensweise im *Zeitablauf* zu verstehen sei.

⁴⁴ *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 36.

⁴⁵ *Hopmann*, Erich: Zum Schutzobjekt des GWB, a.a.O., S. 87 f.

Wettbewerbs sollen solche Maßnahmen den Marktteilnehmern untersagt werden⁴⁶.

3. Juristische Wettbewerbsdefinitionen

Die meisten juristischen Definitionsversuche gehen von Rivalitätsbeziehungen aus. Sie erfassen die verschiedenen Wettbewerbshandlungen. Damit wird von der herrschenden Meinung eine Definition, die Wettbewerb als Zustand kennzeichnet, abgelehnt⁴⁷. Man berücksichtigt im wesentlichen die Konkurrenz zwischen Anbietern, nicht die Konkurrenzbeziehungen zwischen Gütern. Die juristischen Definitionen, die die Rivalitätsbeziehungen zwischen den Mitbewerbern besonders betonen, stützen sich auf die Vertreter neuerer Wettbewerbstheorien, vor allem auf die „workable competition“-Konzeption⁴⁸.

Im wesentlichen stimmen die meisten juristischen Wettbewerbsdefinitionen darin überein, daß sie auf das freie und selbständige Streben der Mitbewerber um ein gleiches Ziel abstellen: sich durch Geschäftsbeziehungen mit Dritten einen eigenen Vorteil zu verschaffen⁴⁹. Damit wird Wettbewerb gleichgesetzt mit dem Streben nach Absatzausweitung, die — nach heute wohl überwiegender Meinung — nicht unbedingt auf Kosten anderer Mitbewerber gehen muß, also nicht zwangsläufig eine Vergrößerung des Marktanteils voraussetzt⁵⁰. Gegen

⁴⁶ Ders.: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 47 f.

⁴⁷ Vgl. Lukes, Rudolf: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 216 ff.

⁴⁸ So auch Mestmäcker, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 309.

⁴⁹ Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., München und Berlin 1964, Bd. I, I. Allgemeine Grundlagen des Wettbewerbsrechts, Anm. 2 ff.; Borchardt, Knut und Wolfgang Fikentscher, a.a.O., S. 15; Fikentscher, Wolfgang: WuW 1961, 798; Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 20; Müller-Henneberg, Hans im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963, § 1 Anm. 19; Müller-Gries-Giessler: Kommentar zum GWB, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1967, § 1 Anm. 78; Beschluß des KG vom 28. 12. 66, WuW/E OLG 813 (818) „Fensterglas V“. Weitere Literaturhinweise bei Knöpfle, Robert, a.a.O., S. 106 f.; Sandrock, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München 1968, S. 102 ff.; Sauter, Herbert: Der Begriff „Wettbewerb“ im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Wiesbaden 1964, S. 32 ff.

⁵⁰ Dieses Merkmal „auf Kosten eines Wettbewerbers“ war noch in der Begriffsbestimmung des Wirtschaftspolitischen Ausschusses enthalten (Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, a.a.O., abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1175). Dagegen wendet sich das Kammergericht ausdrücklich in seinem Beschluß vom 28. 12. 66, WuW/E

diese Wettbewerbsdefinitionen läßt sich zurecht einwenden, daß sie sich auf den oligopolistischen Markt beschränken⁵¹. Auch das Merkmal des „Strebens“ erscheint nicht geeignet, den Wettbewerb zutreffend zu erklären⁵². Dieses Kriterium ist eine Voraussetzung, daß Wettbewerb entstehen kann, nicht aber identisch mit Wettbewerb⁵³.

Die Diskussion um den Wettbewerbsbegriff und damit um das Leitbild des GWB ist bis heute, über zehn Jahre nach dem Erlaß des Gesetzes, nicht verstummt. Allerdings zeigt sich ein deutlicher Wandel in der Auffassung, was als wettbewerbspolitische Konzeption zu gelten habe. Die stärkere Beeinflussung durch die ordnungspolitischen Grundgedanken der Freiburger Schule wurde abgelöst von der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs, in neuerer Zeit auch von den wettbewerbspolitischen Vorstellungen Kantzenbachs.

Das zeigt sich auch in dem Bestreben, sog. „Bagatellkartelle“ vom Kartellverbot auszunehmen⁵⁴, eine im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 1 (unbedeutende Wettbewerbsbeschränkungen werden die Marktverhältnisse nicht beeinflussen) und auf die höchstrichterliche Rechtsprechung⁵⁵ wenig sinnvolle Forderung. Offensichtlich macht

OLG 813 (818) „Fensterglas V“: Zum Begriff des Wettbewerbs gehöre nicht die Absatzausweitung „auf Kosten fremden Absatzes“. Der Ansicht, daß Wettbewerb auch dann vorliegen kann, wenn keines der beteiligten Unternehmen absolute Absatzeinbußen hinnehmen muß, stimmt der BGH zu (Beschuß vom 5. 2. 68, WuW/E BGH 907 [914] „Fensterglas VI“). Allerdings bedeute nicht jedes Verhalten, das auf Absatzausweitung gerichtet ist, eine Wettbewerbsmaßnahme.

⁵¹ So Knöpfle, Robert, a.a.O., S. 124; Mestmäcker, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 311.

Knöpfle wählt selbst einen anderen Ansatzpunkt. Er versteht unter Wettbewerb im Sinne des GWB „die wirtschaftlichen Erfordernisse (positiven Anforderungen und Schranken), Risiken und Chancen, die sich für die einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter den verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen oder doch von dem einen Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können“ (S. 222). Sehr praktikabel erscheint diese Definition auch nicht. Außerdem beschreibt sie einen bestimmten Zustand.

Im wesentlichen zustimmend zur Wettbewerbsdefinition Knöpfles: Müller-Henneberg, Hans: WuW 1968, 664 ff.; ablehnend: Plassmann, Norbert: JZ 1968, insbes. S. 84 ff.

⁵² Knöpfle, Robert, a.a.O., S. 108 ff.

⁵³ Hoppmann, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 45 Anm. 64.

⁵⁴ Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Artikel 1, Nr. 3. Der hier vorgesehene § 5 b soll Verträge und Beschlüsse, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben, vom Kartellverbot freistellen, sofern die Marktbeeinflussung nicht wesentlich ist.

⁵⁵ Urteil des BGH vom 7. 6. 62, WuW/E BGH 486 (491) „Spar“; vom 6. 12. 62,

man sich hier die Auffassung zu eigen, daß der Wettbewerb in einer bestimmten Marktform seine intensivste Ausprägung erhält⁵⁶.

Aus dem GWB läßt sich nicht eindeutig ein bestimmter Wettbewerbsbegriff ableiten. Es sind mehrere Auslegungen denkbar. Von den hier dargelegten Wettbewerbsbegriffen überzeugt die Definition, die den Wettbewerb als dynamischen Marktprozeß erklärt⁵⁷, am meisten. Sie beschränkt sich nicht auf bestimmte Marktkonstellationen; sie ist z. B. für alle Marktformen anwendbar. Da diese Auffassung vom Wettbewerb keine positiven Normen aufstellt, sondern den Schwerpunkt auf wettbewerbsbeschränkende Praktiken legt, ist sie auch juristisch leichter faßbar. Der Versuch, die Verhaltensweisen zu kennzeichnen, die den Wettbewerb beschränken können, zeigt bisher mehr Erfolg als das Bestreben, den Wettbewerb positiv zu beschreiben.

II. Die wirtschafts- und gesellschafts-politische Zielsetzung des GWB

Zwischen der Zielsetzung des GWB und dem Wettbewerbsbegriff dieses Gesetzes besteht eine enge Beziehung. Der Wettbewerbsbegriff des GWB muß sich an dessen Zielen orientieren. Denn der Wettbewerb ist nicht Selbstzweck, er wird im GWB nicht um seiner selbst willen geschützt⁵⁸. Damit stellt sich die Frage nach den Zielen, die das Gesetz mit der Entscheidung für den freien Wettbewerb verfolgt.

In der Diskussion um das Schutzobjekt des Gesetzes, die ihren Ausgangspunkt insbesondere im Kartellverbot des § 1 nimmt, werden im wesentlichen drei Meinungen vertreten⁵⁹:

WuW/E BGH 519 (522 f.) „Kino“; vom 1. 7. 64, WuW/E BGH 605 (608 f.) „Flußspat“; vom 27. 1. 66, WuW/E BGH 726 (730 f.) „Klinker“.

Siehe hierzu auch: *Griesbach*, Bernhard: marktwirtschaft 1970, Heft 3, S. 27 ff.: § 1 erfordere mit dem Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung ein qualitatives und — mit Einschränkungen — auch ein quantitatives Minimum für seine Anwendbarkeit; *Hoppmann*, Erich: DB 1970, 97 ff.; *Sandrock*, Otto: WuW 1969, 205 ff.; Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 16 ff.

⁵⁶ In der Begründung zum Referentenentwurf wird darauf hingewiesen, daß man mit der Förderung der Kooperation im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen eine Intensivierung des Wettbewerbs beabsichtige (Begründung, I. Zur Vorgeschichte des Entwurfs, S. 48).

⁵⁷ Siehe S. 19 f.

⁵⁸ u. a. Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil A, S. 22, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1059; *Biedenkopf*, Kurt: Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 14; *Günther*, Eberhard: MA 1959, 272; *von Köhler*, Karl-Heinz: DB 1967, 29.

⁵⁹ Siehe hierzu *Steindorff*, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht,

1. Das GWB als reiner Institutionsschutz (wirtschaftspolitische Zielsetzung)⁶⁰.

Sinn des Wirtschaftens ist es, die Knappheit der Güter im Verhältnis zu den Bedürfnissen der Wirtschaftssubjekte zu verringern und zu überwinden. Unter der Voraussetzung einer ordnungspolitischen Grundsatzenscheidung für die Marktwirtschaft dient der Wettbewerb als Mittel hierzu. Die wesentlichen Funktionen des Wettbewerbs erfüllen sich in der Koordination der einzelwirtschaftlichen Pläne im Marktprozeß und im ständigen Anreiz zur Leistungssteigerung (Steuerungs- und Antriebsfunktion⁶¹). Aus der Tendenz zur bestmöglichen ökonomischen Leistung des einzelnen aus Eigeninteresse resultiert, wenn alle Marktbeteiligten am Wettbewerbsprozeß teilnehmen, eine gesamtwirtschaftliche Steigerung der ökonomischen Effizienz. Bei ungestörtem Marktablauf harmonisiert der Wettbewerb privatwirtschaftliches Gewinnstreben mit gesamtwirtschaftlichen Interessen. Da der freie Wettbewerb die Durchsetzung der besseren Leistung am Markt bewirkt, wird auch unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten die optimale Situation tendenziell erreicht.

Wegen dieser Wirkungen soll das GWB den Wettbewerb als Institution der Marktwirtschaft verankern und schützen. Danach beinhaltet das Gesetz eine rein ökonomisch begründete Zweckmäßigkeitsentscheidung. Der Wettbewerb soll geschützt werden — vorzüglich durch das Kartellverbot des § 1 —, damit ein an sich möglicher Wettbewerb, eine mögliche Verbesserung der gesamtwirtschaftlichen Versorgung mit Gütern und Diensten nicht durch wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen verhindert wird. Schutz der „Institution Wettbewerb“ bedeutet, daß das Gesetz mit dem Ziel der Wohlfahrtsförderung ausschließlich wirtschaftspolitischer Rationalität dienen soll.

a.a.O., S. 7 ff.; weitere Literaturhinweise bei: *Benisch*, Werner: WuW 1961, 764 ff.; *Koenigs*, Folkmar: NJW 1961, 1041 f. und Anm. 4/6 ff. auf S. 1041; *Sauter*, Herbert, a.a.O., S. 74 ff.

⁶⁰ Vertreter: u. a. *Ballerstedt*, Kurt: JZ 1956, 271; *Benisch*, Werner: WuW 1956, 481 ff.; *Frankfurter Kommentar*, § 35 Tz. 19 ff.; *Müller-Henneberg*, Hans im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., Einführung, S. 65 ff.; *Rasch*, Harold und *Klaus Westrick*: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl., Berlin 1966, § 35 Anm. 2 f.; *Strickrodt*, Georg: WuW 1957, 81 ff.; *Ulmer*, Peter: WuW 1960, 173; *Würdinger*, Hans: WuW 1953, 722 ff. *Steindorff* faßt das GWB als eine Art der Zuständigkeitsverteilung auf, die zur Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ziele des Gesetzgebers diene. Innerhalb dieser Zuständigkeitsordnung lege der Wettbewerb Zuständigkeitsgrenzen fest (Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 14 ff.).

⁶¹ *Röpke* spricht in diesem Zusammenhang von der „Doppelnatur“ des Wettbewerbs, in: Wettbewerb (II), HdSW, 12. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 32.

2. Das GWB als Individualschutz (gesellschaftspolitische Zielsetzung)⁶².

Aufgabe und Ziel des Gesetzes sind Aufrechterhaltung und Sicherung der individuellen wettbewerbsrelevanten Handlungs- und Entscheidungsfreiheit. Dann dient das Gesetz dem Schutz privater subjektiver Rechte auf Gewerbefreiheit mit der Folge, daß ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen Schadensersatzansprüche entsprechend §§ 35 GWB, 823 Abs. 2 BGB nach sich ziehen kann.

3. Das GWB als Institutions- und Individualschutz⁶³.

Die Rangfolge innerhalb der beiden Zielsetzungen wird von den Vertretern dieser Richtung unterschiedlich bewertet.

Die wettbewerbspolitische Konzeption des GWB erfüllt sich in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Funktion. Allein ökonomische Gesichtspunkte vermögen das Gesetz nicht ausreichend zu interpretieren.

a) Das ergibt sich zunächst aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Bei der Abfassung des GWB stand der Gesetzgeber stark unter dem Einfluß der freiheitlichen Ideen des Ordoliberalismus, die in dem grundsätzlichen Kartellverbot ihren Niederschlag gefunden haben⁶⁴. Der Schwerpunkt lag zwar im ökonomischen Bereich. Darüber hinaus wurde aber die ordnungspolitische Entscheidung wohl erkannt, die mit einem Gesetz, das sich gegen Beschränkungen des Wettbewerbs richten will, getroffen wird. Aus den Hinweisen in der amtlichen Begründung auf die Wettbewerbsordnung als der demokratischsten Form der Wirtschaftsordnung, als „wirtschaftspolitischem Gegenstück zur politischen Demokratie“⁶⁵ läßt sich ableiten, daß der Gesetzgeber

⁶² Fikentscher, Wolfgang: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958, S. 120/227 ff.; Lukes, Rudolf: Der Kartellvertrag, München und Berlin 1959, S. 184 ff./299 ff.; Müller-Gries-Giessler, a.a.O., § 1 Anm. 54 mit weiteren Literaturhinweisen.

⁶³ Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960, GWB Einl. 3 ff.; Biedenkopf, Kurt: Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, a.a.O., S. 32 ff.; ders.: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958, S. 152 ff.; Brugger, Gustav: WuW 1959, 469; Griesbach, Bernhard: Die Wettbewerbspolitik im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 42 f.; Günther, Eberhard: z. B. in WuW 1957, 694 und WuW 1964, 117; Mayer-Wegelin, Heinz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/Main 1966, § 1 Anm. 8; Schmitz, Werner: NJW 1961, 2089.

⁶⁴ Nach Ansicht des BGH erlangt die Entstehungsgeschichte des GWB besondere Bedeutung, wenn bei der Auslegung nach dem Wortlaut der Norm, aus ihrem Zusammenhang und Zweck Zweifel über den im Gesetz objektivierte Willen des Gesetzgebers bestehenbleiben (Urteil des BGH vom 30. 6. 66, WuW/E BGH 795 [802 f.] „Schallplatten“).

⁶⁵ Begründung zu einem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil A, S. 21, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1059.

nicht nur materiell wirtschaftspolitische Ziele mit dem GWB verfolgte, sondern auch die freie Entfaltung des Bürgers im wirtschaftlichen Bereich durch die Wettbewerbsfreiheit schützen wollte⁶⁶.

Vor Erlaß des GWB wurde immer wieder darauf hingewiesen, daß mit dem grundsätzlichen Kartellverbot die — nicht mögliche — Verwirklichung der vollständigen Konkurrenz versucht werde. Diese Ansicht ist unzutreffend⁶⁷, ein Einfluß der Ideen der Freiburger Schule kann jedoch nicht bestritten werden. Es ist aber das besondere Verdienst des Ordoliberalismus, die Notwendigkeit der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit in einer freien Marktwirtschaft betont zu haben. Wenn man überhaupt einen Einfluß dieser Schule auf die Gesetzgebungsarbeiten annimmt, kann man ihn nicht gerade in dem Punkt leugnen, der die Grundlage der neoliberalen Richtung darstellt: individuelle wirtschaftliche Freiheit und, um diese materiell zu sichern, Verhinderung bzw. Bindung privater wirtschaftlicher Macht⁶⁸. Der Mißbrauch der Freiheitsrechte durch Träger wirtschaftlicher Macht — nämlich die Unterdrückung der Freiheit anderer — soll ausgeschlossen werden. Der Kern der ordoliberalen Lehre ist in ihren privatrechtstheoretischen Überlegungen zu suchen, eine Kritik an der neoliberalen Konzeption, die sich allein auf die Voraussetzungen des Modells der vollständigen Konkurrenz beschränkt, geht damit am Wesentlichen vorbei.

Hopmann nennt neben dem Ordoliberalismus zwei weitere Richtungen, die ihren Niederschlag in der amtlichen Begründung gefunden haben: die Ideen der klassischen Nationalökonomie und der amerikanischen Antitrustpolitik. Die freiheitliche Zielsetzung ist ihnen gemeinsam. Wettbewerb wird als ein nicht-autoritäres System sozialer Kontrolle aufgefaßt⁶⁹.

Damit spricht schon die Entstehungsgeschichte des GWB für einen Individualrechtsschutz.

b) Wenn man Wettbewerb als Institution schützen will, dann muß auch die individuelle wirtschaftliche Freiheit gesichert werden. Denn diese ist eine notwendige Voraussetzung für Wettbewerb und nicht nur mittelbare Folge des Wettbewerbs⁷⁰. Ohne Wettbewerbsfreiheit des

⁶⁶ Vgl. Erhard, Ludwig: WuW 1952, 736: Beim Kartellgesetz gehe es „um mehr als um Interessen“, es gehe „um die Grundlagen der wirtschaftlichen Freiheit schlechthin“.

⁶⁷ Siehe S. 15 ff.

⁶⁸ Vgl. Säcker, Franz-Jürgen: BB 1967, 683 f.

⁶⁹ Hopmann, Erich: Zum Schutzobjekt des GWB, a.a.O., S. 94.

⁷⁰ Ebenso u. a.: Hopmann, Erich: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, a.a.O., S. 304 f.; Knöpfle, Robert, a.a.O., S. 151, Anm. 19: die Wirtschaftsfreiheit sei „wesentliche institutionelle Voraussetzung des Wettbewerbs“; Schaaf, Wilhelm Andreas: Absatzsyndikate und Drittverträge

einzelnen kann sich kein Wettbewerb entfalten⁷¹. Wenn der Wettbewerb geschützt werden soll, dann muß sich dieser Schutz auch auf die Wettbewerbsfreiheit erstrecken. Wettbewerbsordnung beinhaltet wirtschaftliche Freiheit für jeden, der am Marktprozeß teilnimmt.

Schutz des Wettbewerbs und individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit sind nicht voneinander zu trennen. Auch von einem „institutionalisierten“ Wettbewerbsbegriff lassen sich nicht die konkreten menschlichen Beziehungen lösen, die diesem Begriff erst einen Inhalt geben⁷². Die Annahme, es gebe eine „Institution“ Wettbewerb, offenbart einen hohen Abstraktionsgrad. Dabei vergißt man leicht, daß Wettbewerb letztlich nichts Überpersönliches, sondern Tätigkeit von Menschen bedeutet⁷³.

Die Diskussion über Institutions- oder Individualschutz des GWB erscheint aus dieser Sicht fragwürdig⁷⁴. Der Wettbewerb dient gleichzeitig beiden Zielen: individuelle Freiheitsrechte zu sichern und möglichst großen Wohlstand für alle zu erreichen. Das gilt auch für das Gesetz, das den Schutz des Wettbewerbs bezweckt⁷⁵.

unter besonderer Berücksichtigung der Syndikatsform der Doppelgesellschaft, Diss., Frankfurt/Main 1961, S. 89.

a. A. *Würdinger*, der wirtschaftliche Freiheit des einzelnen als Reflex des Wettbewerbs als Institution auffaßt, WuW 1953, 726; ebenso: *Leo*, Hans-Christoph: WuW 1959, 487 Anm. 14.

⁷¹ Wettbewerbsfreiheit ist eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Es müssen genügend Marktteilnehmer auch von dieser Freiheit Gebrauch machen, damit tatsächlich Wettbewerb herrscht. Somit läßt sich aus der Wettbewerbsintensität eines Marktes allein nicht das Ausmaß der Wettbewerbsfreiheit bestimmen.

⁷² Vgl. *Hopmann*, Erich: Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 82; ders.: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 22 ff.; *von Köhler*, Karl-Heinz: NJW 1964, 573; ders.: DB 1967, 29.

⁷³ *Pfister* betont, daß der Leistungswettbewerb die personalen Einwirkungen und Merkmale der Wirtschaft verstärke; er schwäche die Anonymität, in: *Wirtschaftliche Vernunft und wirtschaftliche Weisheit*, Hochland, 40. Jg., München und Kempten 1947/48, S. 161 f.

⁷⁴ So auch: *Günther*, Eberhard: Wege zur Europäischen Wettbewerbsordnung, Baden-Baden 1968, S. 92; *Hopmann*, Erich: Zum Schutzobjekt des GWB, a.a.O., S. 103; *Merz*, Hans: Kartellrecht — Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in: *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, a.a.O., S. 256 f. *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: JZ 1964, 442: Der Dogmenstreit zwischen wirtschaftspolischem Maßnahmegesetz oder Freiheitsschutz sei irreführend und basiere auf einer bestimmten Vorstellung der Privatrechtsordnung: zwischen öffentlichem Recht und Gemeinwohl einerseits, Privatrecht und Vertragsfreiheit andererseits werde ein vorgegebener Gegensatz unterstellt; ders.: DB 1968, 787 ff. *Steindorff*, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 11 f.: Wenn Privatrechte auch wirtschaftlichen Zwecken dienen, dann verliere der Gegensatz: Wettbewerbsrecht als Schutz subjektiver Rechte oder als Instrument zur Verfolgung wirtschaftspolitischer Gesamtinteressen an Bedeutung.

⁷⁵ Wettbewerbsfreiheit ist eine Voraussetzung für Wettbewerb; Wettbe-

Die Rechtsprechung des BGH zum Individualrechtsschutz trägt diesem Gesichtspunkt Rechnung. Für das GWB gelte ganz allgemein, „daß die im öffentlichen (allgemeinen) Interesse erlassenen Vorschriften gegen eine mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs in der Regel auch dem privatrechtlichen Schutz eines verletzten einzelnen Unternehmens oder einzelner Unternehmer dienen werden“⁷⁶.

Die gesellschaftspolitische Funktion des Wettbewerbs, der Schutz wirtschaftlicher Freiheit, wird durch die Bindung privater Macht gesichert⁷⁷. Wettbewerb als System der Kontrolle wirtschaftlicher Macht soll jedem Marktteilnehmer einen bestimmten Freiheitsbereich, die Wahl zwischen mehreren Alternativen, gewährleisten⁷⁸. Mit dem Schutz individueller wettbewerbsrelevanter Handlungsfreiheit durch das GWB werden gleichzeitig auch deren Grenzen festgelegt. Er schließt nicht den kollektiven vertraglichen Verzicht auf diese Freiheitsrechte und gewisse Monopolpraktiken ein, um mit Hilfe der dadurch erlangten größeren Marktmacht Dritte an der Ausübung ihrer wirtschaftlichen Freiheit zu hindern. Das bedeutet nichts anderes, als daß die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen nicht nur formal, sondern auch materiell gesichert werden soll⁷⁹.

Mit dem GWB wird jedoch nur die Wettbewerbsfreiheit geschützt, d.h. die Möglichkeit, Wettbewerb betreiben zu können. Eine Rechtspflicht, sich wettbewerbsmäßig zu verhalten, wird vom GWB nicht auferlegt⁸⁰. Diese aus dem Kartellverbot herleiten zu wollen, kann nur als Scheinargumentation bezeichnet werden, die den Zweck verfolgt,

werb selbst zeigt sich wiederum als Bedingung der Freiheit (vgl. *Giersch*, Herbert: Allgemeine Wirtschaftspolitik, I. Bd., Grundlagen, Wiesbaden 1960, S. 75). *Heuss* spricht von der „Komplementärbeziehung“ zwischen Wettbewerb und Freiheit, in: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 60 Anm. 55.

⁷⁶ Urteil des BGH vom 25. 2. 59, WuW/E BGH 288 (290 f.) „Großhändlerverband II“. Siehe auch Urteil des BGH vom 8. 10. 58, WuW/E BGH 251 (255 f.) „4711“. Das GWB will „nicht nur die Entschließungsfreiheit des einzelnen im engsten Sinne sichern. Es will vielmehr ... auch solche Tatbestände erfassen, bei denen der einzelne in seiner Entschließung letztlich im Rechtssinne frei bleibt, bei denen er aber durch einen anderen im Gebrauch dieser Freiheit tatsächlich eingeengt und zu einem den Wettbewerb vermeidenden Verhalten geführt wird“. Vgl. auch Urteil des BGH vom 10. 6. 66, WuW/E BGH 755 (757) „Flaschenbier“.

⁷⁷ *Böhm* bezeichnet die Konkurrenz als vollkommenstes Entmachtungsinstrument und damit zugleich Befreiungsinstrument, in: Demokratie und ökonomische Macht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 22.

⁷⁸ Vgl. *Giersch*, Herbert: Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, 9. Jahr, Tübingen 1964, S. 67; *Säcker*, Franz-Jürgen: BB 1967, 683.

⁷⁹ So z. B. *Raiser*, Ludwig: JZ 1958, 6.

⁸⁰ Vgl. *Böhm*, Franz: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, in: Ordo X, 1958, S. 195.

das Gesetz zu Fall zu bringen⁸¹. Ebenso ist die Ansicht abzulehnen, daß der Staat mit dem Kartellverbot in die Entscheidungen des einzelnen Unternehmens eingreife und es fraglich erscheine, ob ein solcher Dirigismus mit dem Prinzip der Risikobelastung zu vereinbaren sei⁸². Genau die umgekehrte Argumentation wäre zutreffend: durch das Kartellverbot soll verhindert werden, daß das unternehmerische Risiko zu Lasten Dritter abgewälzt wird.

Aufgabe des Gesetzes ist es nicht, eine unbeschränkte wirtschaftliche Handlungsfreiheit für die Marktbeteiligten zu garantieren — was nie möglich sein wird —, aber eine wirtschaftliche Freiheit, die unbeschränkt ist von ganz bestimmten, im Gesetz fixierten Beeinträchtigungen⁸³. Das GWB mißbilligt bestimmte, mit Hilfe von Wettbewerbsbeschränkungen verfolgte Machtanhäufungen. Es sichert in entsprechendem Rahmen und Umfang wirtschaftliche Freiheit des einzelnen und damit auch relative Machtlosigkeit als Voraussetzung zum Gebrauch der Freiheit.

Von einem Primat der freiheitlichen Zielsetzung gegenüber ökonomischer Rationalität, was einer ordnungspolitischen Grundsatzentscheidung angemessen wäre, kann allerdings keine Rede sein. Die zahlreichen Ausnahmen vom Kartellverbot, die ökonomisch begründet werden, und die unzureichende Regelung gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen schließen zwar in der Anwendung des Gesetzes eine grundsätzliche Wertung zugunsten wirtschaftlicher Freiheit nicht aus, in der verabschiedeten Fassung des Gesetzes ist sie jedoch nicht verbindlich und eindeutig getroffen worden. Damit ist die im Grundgesetz für den staatlichen Bereich statuierte Bindung und Beschränkung der Macht für den Bereich privater wirtschaftlicher Macht durch das GWB nicht konsequent vollzogen⁸⁴, aber als Möglichkeit für die Auslegung des Gesetzes durch Lehre und Rechtsprechung gegeben.

⁸¹ z. B. Sölter, Arno: Preiswettbewerb in der Wirklichkeit, in: Kartelle in der Wirklichkeit, Festschrift für Max Metzner, Köln, Berlin, Bonn 1963, S. 193: im GWB habe man die Freiheit der individuellen Entscheidung zum gesetzlichen Zwang erhoben; ders.: MA 1966, 207: Hier wird ein typisch formaler Wettbewerbsbegriff propagiert. Gemäß § 1 werde Wettbewerbsfreiheit in dem Sinne gefordert, „daß die Unternehmer sich nicht in der Freiheit des Gebrauchs jeglicher wettbewerblicher Aktionsparameter beschränken dürfen“. Daraus folge in der Wirklichkeit „ein Gebot zum atomistischen Überflügelungswettbewerb“. Sinngemäß auch Andreae, Wilhelm: Wettbewerbs- und Mitbestimmungsrecht, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, Berlin, Bonn, München 1963, S. 44. Andreae spricht hier von der durch das GWB begründeten Unfreiheit der Unternehmer durch Herstellung vollkommener Wettbewerbsfreiheit.

⁸² Klug, Oskar: Der Streit um die Kartelle und Konzerne, Frankfurt/Main 1953, S. 33.

⁸³ Vgl. Lukes, Rudolf: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, a.a.O., S. 224 f.

⁸⁴ Biedenkopf, Kurt: WuW 1968, 5; Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 7.

C. Umfang und Folgen der Wettbewerbsbeschränkung durch Syndikatsbildung

I. Die Einschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit der Kartellbeteiligten

Das GWB versagt wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen die rechtliche Anerkennung (zivilrechtliche Unwirksamkeit in Verbindung mit öffentlich-rechtlicher Bußgeldandrohung), da durch sie die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit der Marktteilnehmer beeinträchtigt und willkürlich in den Marktablauf eingegriffen wird. Diese grundsätzliche Entscheidung wird in bestimmten Fällen (Einzelausnahmen und Bereichsausnahmen) eingeschränkt. Der Gesetzgeber glaubte hier, daß zwischen den beiden Zielen des GWB Konflikte auftreten könnten, die eine Wertung erfordern.

Diese Auffassung findet besonderen Ausdruck in den spezifischen Tatbeständen der §§ 2—8. Aus wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeit sind im Einzelfall Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne des § 1 unter bestimmten, in den §§ 2—8 fixierten Voraussetzungen zulässig. Der Grund hierfür liegt darin, daß man Kartellen wirtschaftliche Vorteile zuschreibt, die im Allgemeininteresse liegen und ohne Wettbewerbsbeschränkung auf dem gleichen Markt nicht zu erreichen sind.

Zu diesen erlaubnisfähigen Kartellen gehören auch Verkaufssyndikate gemäß § 5 Abs. 2 und 3. Die Erlaubnisfähigkeit eines Syndikats, das die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 und 3 erfüllt, setzt zunächst seine Erlaubnisbedürftigkeit voraus, also einen Vertrag oder Beschluß im Sinne von § 1¹.

Danach ist es erforderlich, daß die beteiligten Unternehmen einen Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck schließen, der objektiv zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist (§ 1 Abs. 1 S. 1).

Nach herrschender Meinung muß die Wettbewerbsbeschränkung Gegenstand oder Inhalt des Vertrages sein (sog. Gegenstandstheorie)².

¹ So z. B. *Baumbach-Hefermehl*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 5 Anm. 5; *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 9; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Darmstadt 1967, Vorbemerkungen zu §§ 5 und 5 a Tz. 12.

² z. B. *Baumbach-Hefermehl*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,

Das bedeutet eine einschränkende Auslegung des § 1: Ein Vertrag ist nur dann unwirksam, wenn Gegenstand der Vereinbarung die rechtliche Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten ist. Ein Vertrag im Sinne von § 1 soll nicht gegeben sein, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Folge des Vertrages ist, d. h. wenn nur eine faktische Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, selbst dann, wenn die Wettbewerbsbeschränkung die logisch zwingende Folge des Vertrages sein sollte³. So liegt z. B. bei einer Verkaufsgemeinschaft nach der Interpretation der Gegenstandstheorie kein Verstoß gegen § 1 vor, wenn sich die beteiligten Unternehmen nicht rechtlich verpflichten, an die gemeinsame Verkaufsorganisation zu liefern, auch wenn faktisch im wesentlichen die gleichen Wirkungen wie bei vereinbartem Andienungszwang eintreten sollten⁴. Im Gegensatz dazu steht die sog. Folgetheorie. Entsprechend dieser Auffassung liegt ein nach § 1 unwirksamer Vertrag vor, wenn dieser Vertrag faktisch eine Wettbewerbsbeschränkung zur Folge hat. Die Beschränkung des Wettbewerbs muß nicht Inhalt des Vertrages sein. Es genügt, wenn der Vertrag konkret geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung nach sich zu ziehen. Die Folgetheorie stellt allein auf die Marktwirkungen ab⁵.

8. Aufl., a.a.O., GWB § 1 Anm. 28; *Benisch*, Werner: DB 1969, 247; *Müller-Henneberg*, Hans: WuW 1963, 879/882/891 ff.; ders. im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 1 Anm. 31; Frankfurter Kommentar, a.a.O., § 1 Tz. 26; *Müller-Gries-Giessler*, a.a.O., § 1 Anm. 79; vgl. wegen des Standes der Meinungen: *Hefermehl*, Wolfgang: Informationsverträge und Kartellrecht, in: Kooperative Marktinformation, Köln, Berlin, Bonn, München 1967, S. 18 ff.; *Säcker*, Franz-Jürgen: BB 1967, 682 Anm. 9 und 11; *Sandrock*, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 237 f. Anm. 29.

³ Vgl. z. B. *Markert*, Kurt: DB 1963, 1456.

⁴ WuW/E BMW 119 (129) „Kooperationsfibel“; *Benisch*, Werner: Kooperationsfibel, 2. Aufl., Bergisch Gladbach 1966, S. 114 ff.; *Müller-Henneberg*, Hans im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 1 Anm. 46. Kritik an der Gegenstandstheorie üben z. B.: *Hoppmann*, Erich: DB 1970, 94 ff.; *von Köhler*, Karl-Heinz: NJW 1964, 572 (er weist besonders auf die Ungereimtheit dieser Auffassung hin); *Pickel*, Walter: DB 1968, 295 ff. *Pickel* knüpft mit seiner Kritik an der Gegenstandstheorie am Beispiel der Umwandlung der Zement-syndikate in Verkaufsagenturen an, die nur bei einer Auslegung von § 1 im Sinne der Gegenstandstheorie als „kartellfreie“ Lösung bezeichnet werden könne. Denn der Absatz über die Agenturen erfolgt weiterhin an Hand von Lieferrichtwerten (allerdings ohne Andienungszwang, aber Meldung der Preise und Mengen von Direktverkäufen). Es besteht u. a. ein Fracht- und Erlösausgleich. *Pickel* wertet die Zementagenturen als Syndikate mit jederzeitigem Kündigungsrecht.

Siehe auch *Schmidt*, Ingo: WuW 1963, 104, der — entgegen der herrschenden Meinung — die Ansicht vertritt, daß bei einer gemeinsamen Vertriebsorganisation ohne Andienungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 vorliegt.

⁵ *Lukes*, Rudolf: Der Kartellvertrag, a.a.O., S. 123 ff.; *Schmidt*, Ingo: WuW 1966, 717 ff.; *Sandrock*, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 243 mit weiteren Literaturhinweisen (Anm. 34, S. 243).

Eine zwischen Gegenstands- und Folgetheorie vermittelnde Meinung wird mit der Zwecktheorie vertreten. Nach dieser Ansicht ist § 1 erfüllt, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt oder Zweck des Gesellschaftsvertrages ist⁶.

Das Bundeskartellamt, dessen Spruchpraxis sich zunächst ganz nach der Gegenstandstheorie richtete, scheint sich inzwischen der Zwecktheorie anzuschließen. Im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967 hält das Amt das Kriterium der rechtlichen Bindung und damit die Gegenstandstheorie für ungeeignet, Wettbewerbsbeschränkungen im ökonomischen Sinne zu erfassen. Die Gegenstandstheorie werde der *ratio legis*, die Wirksamkeit des Wettbewerbs zu gewährleisten, nicht gerecht. Durch Auslegung eines Vertrages nach seinem Sinn und Zweck könne eine wettbewerbsbeschränkende Bindung bejaht werden⁷.

Der BGH hat zur Frage Gegenstands-, Folge- oder Zwecktheorie bisher nicht eindeutig Stellung genommen. Während in den Urteilen vom 26.10.59⁸ und vom 15.7.66⁹ der Kartellbegriff im Sinne der Folgetheorie ausgelegt wird, schließt sich der BGH im Urteil vom 6.12.62¹⁰ offenbar der Gegenstandstheorie an.

Die Streitfrage, Auslegung von § 1 entsprechend der Gegenstands- oder Folgetheorie, wird auch durch den Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums nicht gelöst. In dem einzufügenden Abs. 3 wird Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 definiert als

⁶ *Fikentscher*, Wolfgang: WuW 1960, 681 f.

Vgl. auch *Steindorff*, Ernst: Die Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag und Art. 65 § 1 Montan-Vertrag, Overdruck uit „Europees Kartelrecht“, 1968, S. 279 ff.: Auch bei enger Fassung der Gegenstandstheorie falle unter § 1 eine Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke. Denn die Bindung der Vertragsbeteiligten an einen gemeinsamen Zweck verpflichte sie — auch ohne ausdrückliche Bestimmung des Vertrages —, diesen Zweck zu fördern. Das bedeute eine Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit, womit die Voraussetzung für die Anwendung des § 1 gemäß der Interpretation der Gegenstandstheorie erfüllt sei (S. 280 f.; siehe dazu auch *Benisch*, Werner: DB 1969, 248 ff.; *Hefermehl*, Wolfgang: Informationsverträge und Kartellrecht, a.a.O., S. 32 f.). *Steindorff* fordert jedoch, daß § 1 auch im Rahmen der Gegenstandstheorie weit auszulegen ist, da sonst wichtige Wettbewerbsbeschränkungen nicht von § 1 erfaßt werden könnten.

⁷ BT-Drucks. V/2841, S. 17 f.; WuW/E BKartA 1179 (1183) „Farbenhersteller“ und die Ausführungen *Mestmückers* zu diesem Beschluß des Bundeskartellamts in BB 1968, 1298 sowie die Kritik von *Behrens*, Friedrich-Stephan: WRP 1968, S. 84 ff.

⁸ WuW/E BGH 359 „Gasglühkörper“ mit Anmerkung *Fikentscher*.

⁹ WuW/E BGH 767 (776 ff.) „Bauindustrie“.

¹⁰ WuW/E BGH 519 (520) „Kino“: „... der Inhalt des Vertrages, also die wettbewerbliche Bindung der Gesellschafter“ müsse objektiv zur Marktbeflussung durch Beschränkung des Wettbewerbs geeignet sein; WuW/E BGH 486 (492 f.) „Spar“ vom 7. 6. 62.

unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigung der wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit der beteiligten Unternehmen¹¹. Die Formulierung „mittelbare Beeinträchtigung“ könnte bedeuten, daß eine Annäherung an die Folgetheorie hergestellt werden soll. Dem widerspricht jedoch die Begründung zu dieser Bestimmung. Hier wird ausdrücklich darauf hingewiesen, daß auch die mittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit Inhalt des Vertrages sein muß¹². Dabei wird offensichtlich unterstellt, daß die geltende Fassung des § 1 Abs. 1 S. 1 nur eine Interpretation im Sinne der Gegenstandstheorie zuläßt. Als mittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit werden beispielhaft angeführt: Vereinbarungen von Ausgleichszahlungen für die Erweiterung vorhandener Kapazitäten oder die Nichtbenutzung gemeinschaftlicher Ein- und Verkaufseinrichtungen, Vereinbarungen über qualifizierte Preismeldeverfahren¹³. Hier von einer mittelbaren Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit zu sprechen, ist wenig befriedigend. Ob man vertraglich eine Kapazitätsbeschränkung oder bei Überschreitung einer bestimmten Kapazität Ausgleichszahlungen vereinbart, in beiden Fällen zielt der Vertrag darauf ab, die Kapazität der Beteiligten zu beschränken. Das aber bedeutet, daß unmittelbar die Freiheit der Vertragspartner, Kapazitätserweiterungen vorzunehmen, beeinträchtigt wird.

Über eine sog. mittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit können höchstens die unbefriedigendsten Ergebnisse der Gegenstandstheorie vermieden werden. Die Relativierung des Kartellverbots durch diese Interpretation bleibt weiterhin bestehen¹⁴.

Die Folgetheorie wird auch im Referentenentwurf mit dem üblichen Einwand abgelehnt, daß sie mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren sei. Dagegen kann u. a. geltend gemacht werden, daß jedenfalls in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag eine solche Regelung praktiziert wird¹⁵. Nur eine Auslegung von § 1 Abs. 1 S. 1 im Sinne der Folgetheorie kann dem Ziel des Gesetzes, den Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten, gerecht werden¹⁶.

¹¹ Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Artikel 1 Nr. 1.

¹² Begründung zum Referentenentwurf, III. Begründung zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs, Art. 1 Nr. 1, S. 57.

¹³ Begründung zu dem Referentenentwurf, III. Begründung zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs, Art. 1 Nr. 1, S. 57.

¹⁴ Weitere wesentliche Einwendungen gegen § 1 Abs. 3 des Referentenentwurfs auf S. 44 f.

¹⁵ So auch Griesbach, Bernhard: marktwirtschaft 1970, Heft 3, S. 27.

¹⁶ Die Frage der Auslegung von § 1 im Sinne der Gegenstands-, Folge- oder Zwecktheorie kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben, da ein Kartellvertrag gemäß § 1 vorausgesetzt wird. Die verschiedenen Auf-

Die Wettbewerbsbeschränkung setzt eine Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit voraus¹⁷. Durch den Kartellvertrag gibt das einzelne Kartellmitglied einen Teil seiner Handlungsfreiheit auf; sein Verhalten am Markt wird in bestimmter Weise beschränkt. Der Auffassung, bei einer vertraglichen Vereinbarung mehrerer über ihr Verhalten am Markt werde zwar tatsächlich der Wettbewerb, nicht aber die Wettbewerbsfreiheit eingeschränkt, da die Vertragsbeteiligten nicht einem fremden, sondern ihrem eigenen Willen folgen, kann nicht zugestimmt werden¹⁸. Dieser Argumentation liegt ein rein formaler Freiheitsbegriff zugrunde, der selbst den vertraglichen Verzicht auf Freiheit miteinschließt¹⁹. Sofern kein Druck von außen ausgeübt wird, ist natürlich die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kartellbeteiligten eine freiwillige, rechtsgeschäftliche Selbstbeschränkung, die aber zwangsläufig und gewollt zu einer Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit führt²⁰.

fassungen zum Kartellbegriff beziehen sich auf eine enge oder weite Auslegung von § 1. Hier kommt es darauf an, die Wettbewerbsbeschränkung als Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit aufzuzeigen und die daraus resultierenden Veränderungen auf dem betreffenden Markt zu untersuchen. Ob sich dabei die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar aus dem Kartellvertrag als kartellrechtlich relevante, schuldrechtliche Verpflichtung ergibt, aus der faktischen Handhabung eines Vertrages, durch Auslegung eines formal wettbewerbsrechtlich neutralen Vertrages nach seinem Zweck, aus einer „moralischen“ Bindung oder einer wie auch immer gearteten, verdeckten Form herzuleiten ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

¹⁷ Vgl. Frankfurter Kommentar, a.a.O., § 1 Tz. 25; Hoppmann, Erich: Zum Schutzobjekt des GWB, a.a.O., S. 90; Müller-Gries-Giessler, a.a.O., § 1 Anm. 79; Müller-Henneberg, Hans im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 1 Anm. 29; a. A. Knöpfle, der eine Wettbewerbsbeschränkung auch ohne Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit für möglich erachtet, a.a.O., S. 137/233 f.

¹⁸ So Plassmann, Norbert: JZ 1968, 87.

¹⁹ Dieser Ansicht stimmen Gegner eines grundsätzlichen Kartellverbots zu, die dann § 1 als Ersatz der Freiheit durch Zwang kennzeichnen; vgl. Kastl, Ludwig: Kartellerfahrungen und -erkenntnisse, in: Kartelle in der Wirklichkeit, a.a.O., S. 19.

²⁰ Vgl. Meyer-Cording, Ulrich: WuW 1962, 469.

Nach Plassmann ist eine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit nur dann gegeben, wenn sie nicht von dem Willen der Betroffenen getragen wird, also etwa bei staatlichen Eingriffen in die wirtschaftliche Freiheit. Der Unterschied zwischen einer solchen Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit und der rechtsgeschäftlichen Selbstbeschränkung, die nach Plassmann keine Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit bedeutet, liege darin, daß erstere die Überflügelung der Mitbewerber und die ihr folgende Anpassung der anderen Anbieter verbiete, während letztere das erlaubte Verhalten vereinheitliche (JZ 1968, 88). Auch das ist nicht zutreffend. Durch ein Kartell wird nicht nur das Verhalten vereinheitlicht, vielmehr sind bestimmte Wettbewerbshandlungen dem einzelnen Kartellmitglied untersagt. Ist z. B. eine gemeinsame Preisfestsetzung vereinbart, dann kann ein vertragstreues Kartellmitglied nicht eine individuelle Preispolitik betreiben. Wenn der Referentenentwurf Gesetzeskraft erlangen sollte, würde sich eine Diskussion über diese Frage erübrigen. Der vorgesehene Abs. 3 zu § 1 enthält eine Legaldefinition des Begriffs „Wettbewerbsbeschränkung“: „Als Beschränkung des Wettbewerbs

Die Kartellbeteiligten sind gemäß den Vertragsbedingungen und für die Dauer des Vertrages in der Vornahme von Wettbewerbshandlungen beschränkt. Der Bereich, innerhalb dessen der einzelne Unternehmer wirtschaftliche Entscheidungen nach eigenem Willen treffen kann, ist kleiner. Der wirtschaftliche Sinn eines Kartells liegt darin, die ursprünglichen Rivalitätsbeziehungen zwischen den einzelnen Unternehmen auszuschließen und sie durch eine möglichst weitgehende, gleichförmige Verhaltensweise am Markt zu ersetzen, um zusammen — als Gruppe — eine größere Machtstellung zu erlangen und die wirtschaftliche Ausgangsposition zu verbessern. Die Freiheit des einzelnen Kartellmitglieds im Gebrauch der verschiedenen Aktionsparameter wird erheblich eingeschränkt, die Freiheit zu initiativem Wettbewerb, jedenfalls bei einem so hoch organisierten Kartell wie einem Syndikat, bei vertragstreuen Beteiligten beseitigt. Wesentliche Unternehmerkompetenzen werden an die Syndikatsleitung abgetreten. Bei den einzelnen Kartellmitgliedern ist die Selbständigkeit der Willensbildung verringert; sie sind bedeutend abhängiger als ohne Kartellierung. In ihrer Gesamtheit sind sie jedoch am Markt unabhängiger. Der Handlungsspielraum des Syndikats ist größer.

Bei einem Verkaufssyndikat tritt neben die Einschränkung der Selbständigkeit in der wirtschaftlichen Planung die Beseitigung der Mehrheit der betreffenden Unternehmen als Anbieter nach außen, da sie — wie üblich — am Markt selbst nicht mehr in Erscheinung treten.

Die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit der Vertragsbeteiligten wird bei einem Verkaufssyndikat vorzüglich im Absatzbereich eingeschränkt, wenn nicht völlig ausgeschlossen. Die Vertriebstätigkeit wird rechtlich und wirtschaftlich ausgegliedert.

Typische Organisationsform ist die Doppelgesellschaft. Das Syndikat als wirtschaftlich einheitliches Gebilde besteht hier aus zwei Gesellschaften (im Gegensatz zur Einheitsgesellschaft). Im eigentlichen Syndikatsvertrag, durch den eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts begründet wird, sind die Kartellpflichten der Beteiligten festgelegt. Die Durchführung der Kartellvereinbarungen wird einer Verkaufsgesellschaft übertragen, die in der Rechtsform der AG oder GmbH betrieben wird. Die Verkaufsgesellschaft ist also geschäftsführende Organgesellschaft und in der Regel Mitglied des Kartells. Sie wird tätig als Agent, Kommissionär oder Eigenhändler²¹.

im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 ist jede unmittelbare oder mittelbare Beeinträchtigung der Freiheit der beteiligten Unternehmen anzusehen, sich auf einem Markt zu betätigen oder Wettbewerbsmittel zu gebrauchen“ (Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Artikel 1, Nr. 1).

²¹ Deringer, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 104 f.; Steiner, Claus: DB 1959, 1132 ff.

Meistens besteht ein ausschließlicher Andienungszwang, d.h. die Syndikatsmitglieder sind verpflichtet, ihre gesamte Vertragsware der gemeinsamen Verkaufsgesellschaft anzubieten. Unmittelbare Verkaufsgeschäfte zwischen einem Kartellmitglied und einem Abnehmer sind damit ausgeschlossen. Über die reine Vertriebstätigkeit hinaus werden in der Regel kollektive Preisfestsetzung, Werbung, Service, Qualität, etc. und eine bestimmte Form der Beteiligung am Gesamtabatz des Syndikats vereinbart. Im Bereich der Absatzpolitik ist damit praktisch die Handlungsfreiheit des einzelnen Kartellmitglieds beseitigt. Die Aktionsparameter Preis, Absatzmenge, Werbung, Service, Absatzweg und Qualität sind nicht mehr Gegenstand einer selbständigen Marktstrategie. Die ohne Kartell freie Entscheidung unter Berücksichtigung der Durchsetzbarkeit am Markt und der Aktionen und Reaktionen der Konkurrenten ist aufgehoben. Davon bleiben die übrigen Bereiche unternehmerischer Tätigkeit nicht unberührt.

Die Entscheidungsfreiheit wird nicht nur im Absatzbereich, sondern auch in der Produktions-, Investitions- und Finanzsphäre begrenzt, erstreckt sich also auch auf den innerbetrieblichen Sektor. Der Produktionsbereich wird schon mittelbar über eine Absatzquotierung berührt. Darüber hinaus lenkt das Syndikat häufig unmittelbar die Produktion. Das wiederum muß die Investitionspolitik des einzelnen Unternehmens beeinflussen, auch wenn Kapazitätserweiterungen oder -beschränkungen durch den Kartellvertrag nicht unmittelbar festgelegt sind.

Sämtliche Vereinbarungen über Preise, Absatzmengen und/oder Produktionsmengen finden ihren Niederschlag im Finanzbereich, sind also auch hier geeignet, den Spielraum unternehmerischer Tätigkeit einzuengen. Ein unmittelbarer Eingriff liegt vor, wenn im Kartellvertrag ein Erlösausgleich fixiert ist.

Die individuelle wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit wird folglich durch ein Syndikat weitgehend beschränkt. Zutreffend wurde das einzelne Unternehmen als „Lohnwerker“ des Kartells bezeichnet²².

Die Übertragung zahlreicher Unternehmerkompetenzen auf die Leitung des Syndikats setzt diese in die Lage, die Kontrolle über die Einhaltung der Kartellverpflichtungen wirkungsvoll zu gestalten und dadurch das Ziel der Kartellierung eher zu verwirklichen.

²² WuW/E BKartA 846 (851) „Hydromechanik“.

Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953, S. 298: Der einzelne Unternehmer werde sozusagen Lohnindustrieller des Kartells. Die schweizerische Preisbildungskommission gelangt zu dem Ergebnis, daß das einzelne Unternehmen innerhalb eines Syndikats nur noch bedingt als selbständig bezeichnet werden könne, in: Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, 2. Aufl., Bern 1957, S. 67.

II. Die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit Dritter

Durch den Kartellvertrag wird nicht nur die wettbewerbsrelevante Handlungsfreiheit der Kartellmitglieder beschränkt. Kartellverträge unterscheiden sich wesentlich von typischen privatrechtlichen Verträgen. Deren Wirkung reicht über die Vertragsparteien nicht hinaus, während Kartellverträge gerade nach außen gerichtet sind. Die Kartellbeteiligten benutzen das Instrument der Vertragsfreiheit, um über die Beschränkung ihrer eigenen wettbewerbsrelevanten Handlungsfreiheit diejenige Dritter zu beeinträchtigen. Ihr vereinbartes gleichförmiges Verhalten am Markt zielt darauf ab, letztere in eine von ihnen abhängige Lage zu verweisen, was ihnen — entsprechend der durch die Syndikatsbildung erreichten Marktmacht²³ — in mehr oder weniger großem Umfang gelingen wird. Es ist damit Parteiabsicht und notwendiges Element eines lebensfähigen Kartells, die Wettbewerbsfreiheit Dritter einzuschränken²⁴.

Das läßt sich bei einem Verkaufskartell besonders deutlich an der Position der Nachfrager zeigen. Die Möglichkeit des Nachfragers, zwischen mehreren inhaltlich verschiedenen Angeboten und mehreren Anbietern wählen zu können — was die Konsumentensouveränität ausmacht und bedeutendstes Kriterium dafür ist, daß sich die Produktion an der Nachfrage ausrichtet —, ist eine der wesentlichsten Antriebskräfte für den Wettbewerb zwischen den Anbietern und damit zur Leistungssteigerung. Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß die Wettbewerbsfreiheit der Nachfrager beschränkt werden muß, wenn der Wettbewerb zwischen den Kartellbeteiligten ausgeschlossen werden soll.

Überwiegend wird unter der Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit nur die Freiheitsbeschränkung der Kartellbeteiligten verstanden, eine Einschränkung der wettbewerbsrelevanten Handlungs- und Entschließungsfreiheit Dritter nicht untersucht oder abgelehnt²⁵. Dieser Auffassung schließt sich auch der Referentenentwurf zur Novellierung des GWB an. Im Gegensatz zur geltenden Fassung des

²³ Macht im Sinne von *Max Weber* als Chance eines Menschen oder einer Mehrheit von Menschen, den eigenen Willen in einem Gemeinschaftshandeln auch gegen den Widerstand anderer durchzusetzen (in: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 4. Aufl., 2. Halbband, Tübingen 1956, S. 531).

²⁴ Vgl. *Biedenkopf*, Kurt: BB 1956, 974: Ein Kartell sei erst dann funktionsfähig, wenn es aufgrund seiner Marktmacht die Vertragsautonomie seiner Kunden zu beseitigen oder wesentlich einzuschränken vermag.

²⁵ So z. B.: *Baumbach-Hefermehl*, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 1 Anm. 31 ff.; *Frankfurter Kommentar*, a.a.O., § 1 Tz. 25 ff.; *Müller-Henneberg*, Hans im *Gemeinschaftskommentar*, 2. Aufl., a.a.O., § 1 Anm. 29; ders.: WuW 1963, 881 f. und WuW 1968, 669.

GWB enthält er eine Legaldefinition des Begriffs „Beschränkung des Wettbewerbs“. Danach bedeutet Wettbewerbsbeschränkung jede unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit der beteiligten Unternehmen²⁶. Diese Definition bringt im Vergleich zur geltenden Fassung des GWB keine Verbesserung, sondern einen Rückschritt. Denn nach der derzeitigen Fassung des GWB ist eine Auslegung des Begriffs „Wettbewerbsbeschränkung“ im Sinne einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten und Dritter möglich und — unter Berücksichtigung der Ziele des GWB — auch erforderlich. Wenn man nur die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten erfaßt, verzichtet man darauf, den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit des einzelnen Marktteilnehmers als eigenständigen Wert zu erfassen. Die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Freiheit Dritter wird dann nur noch mittelbar durch die ökonomischen Auswirkungen der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kartellbeteiligten im Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung gemessen.

Diese Auffassung ist nicht geeignet, das Wesen einer Wettbewerbsbeschränkung zu erfassen, da nur ein Teilaspekt berücksichtigt wird. Die Freiheitseinschränkung der Kartellbeteiligten ist gerade darauf gerichtet, in den Freiheitsbereich Dritter gestaltend einzugreifen²⁷. Nur dann kann der Wettbewerb beschränkt werden. Zutreffend fordert Hoppmann bei der Prüfung von Beschränkungen der Wettbewerbsfreiheit einen umfassenden Test, der sich sowohl auf sämtliche Dimensionen des Parallelprozesses als auch des Austauschprozesses erstrecken müsse²⁸.

Biedenkopf klassifiziert Kartellverträge als faktische Normenvereinbarungen²⁹. Die faktisch verbindliche Wirkung eines Kartellvertrages gegenüber Dritten beruhe darauf, daß die Kartellbeteiligten sich verpflichten, Einzelverträge mit Dritten nur entsprechend der im Kartellvertrag vereinbarten Normen zu schließen³⁰. Damit versucht Biedenkopf, bei wettbewerbsbeschränkenden Verträgen unmittelbar am Vertragstatbestand anzuknüpfen, um die wesentlichen Unterschiede gegen-

²⁶ Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Artikel 1, Nr. 1.

²⁷ Ähnlich *Raiser*, Ludwig: JZ 1958, 6: der Vertrag werde Mittel zur Unterdrückung der Freiheit anderer. Vgl. auch *Günther*, Eberhard: DB 1969, 27: Er spricht von der Drittwirkung eines Kartellvertrages.

²⁸ Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 15 f./37 ff.

²⁹ Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 118 ff./123 ff.

³⁰ *Biedenkopf*, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 118 f.

über dem typischen privatrechtlichen Vertrag aufzuzeigen³¹. Eine Normenvereinbarung sei von der Vertragsfreiheit nicht gedeckt, wenn eine gesetzliche Ermächtigung zur Normsetzung fehle³². Grundsätzlich müsse vertraglicher Normierung des Privatrechtsverkehrs der Rechtsschutz verweigert werden³³. In bestimmten Fällen könne der Gesetzgeber die Befugnis zur Normsetzung auf Rechtsgenossen übertragen. Diese Konzeption liege auch dem GWB zugrunde, das die „immanenten Grenzen der Privatautonomie“ gesetzlich fixiere³⁴.

Durch ein Verkaufssyndikat wird insbesondere in die wirtschaftliche Freiheit der Nachfrager eingegriffen. Für die Abnehmer beinhaltet Wettbewerbsfreiheit in erster Linie Wahlfreiheit bezüglich Vertragspartner und Vertragsinhalt. Wahlfreiheit setzt Alternativen voraus. Echte Alternativen bestehen nur dann, wenn die Nachfrager zwischen mehreren Angeboten, die zur Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses geeignet erscheinen, verschiedener, voneinander unabhängig³⁵ handelnder Anbieter frei wählen können.

Vereinbaren die Kartellmitglieder einheitliche Preise, Rabatte, Konditionen etc., so wird die Freiheit der Nachfrager hinsichtlich der Ausgestaltung des Vertragsinhalts in entsprechendem Umfang aufgehoben. Denn die Kartellmitglieder verpflichten sich im Kartellvertrag, diese Vereinbarungen zum Vertragsbestandteil von Einzelrechtsgeschäften mit Dritten zu machen³⁶. Damit können die Nachfrager diese Bedingungen nur noch annehmen oder ablehnen. Sie sind nicht mehr Gegenstand von Vertragsverhandlungen mit den Kartellmitgliedern (bzw. mit dem Syndikat). Die Vereinbarungen erhalten damit für Dritte Normcharakter.

Der Auffassung, den Nachfragern werde durch einen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag der Anbieter die Entschlußfreiheit nicht verringert, da sie weiterhin den ihnen einzig möglichen Entschluß der

³¹ Die Wirkung auf Kartellaußenseiter und potentielle Wettbewerber wird davon allerdings nicht erfaßt, da zwischen diesen und den Kartellbeteiligten keine Vertragsbeziehungen bestehen.

³² *Biedenkopf*, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 129 f.

³³ Vgl. hierzu *Pfister*, Bernhard: Private Rechtsordnungen seien immer Machtordnungen, in: *Wirtschaftliche Vernunft und wirtschaftliche Weisheit*, a.a.O., S. 161.

³⁴ *Biedenkopf*, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 143; zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch *Mestmäcker*, in: *JZ* 1964, 443.

³⁵ Unabhängig im juristischen Sinne.

³⁶ Vgl. z. B. *Lukes*, Rudolf: Der Kartellvertrag, a.a.O., S. 150 ff.; siehe auch *Schaaf*, Wilhelm Andreas, a.a.O., S. 71: Der mit einem Syndikat verbundene wirtschaftliche Vorteil werde in den Drittverträgen realisiert.

Annahme oder Ablehnung des Angebots nach eigenem Willen treffen könnten und ihnen nur die Auswahlmöglichkeit in tatsächlicher Hinsicht beschränkt sei³⁷, kann nicht gefolgt werden. Zum einen entspricht es nicht der Realität, daß den Nachfragern nur die Möglichkeit der Annahme oder Verweigerung des Angebots offensteht. Das mag weitgehend für den Letztverbraucher zutreffen, nicht aber für Großabnehmer. Zum anderen setzt wirtschaftliche Freiheit der Nachfrager im materiellen Sinne Alternativen voraus. Annahme der Geschäftsbedingungen des Anbieters oder Verzicht auf die Befriedigung eines bestimmten Bedürfnisses ohne Möglichkeit des Ausweichens auf ein anderes ähnliches Angebot³⁸ (bzw. ein Ausweichen nur unter erschwerten Bedingungen) ist keine echte Alternative, sondern typische Position des wirtschaftlich Abhängigen.

Die Freiheit der Nachfrager wird nicht nur hinsichtlich der Ausgestaltung des Vertragsinhalts, sondern auch in bezug auf die möglichen Kontrahenten beeinträchtigt, da ihnen statt ursprünglich mehrerer Anbieter nur noch die gemeinsame Verkaufsgesellschaft gegenübertritt³⁹.

Durch die Marktmacht eines Syndikats wird nicht nur der Freiheitspielraum der Nachfrager, sondern auch der Lieferanten, der Kartellaußenseiter und potentieller Wettbewerber eingeengt.

Die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit Dritter durch ein Syndikat wird damit rechtlich durch die faktische Verbindlichkeit der im Kartellvertrag vereinbarten Normen und wirtschaftlich durch die gesteigerte Marktmacht abgesichert.

In § 1 ist neben dem gesellschaftsrechtlichen Tatbestand auch die wirtschaftliche Auswirkung des Kartells auf Dritte im Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung erfaßt. Neben dem vertraglichen Tatbestandselement ist also auch die wirtschaftliche Auswirkung eines Kartellvertrages auf Dritte rechtlich relevant⁴⁰.

³⁷ So Plassmann, Norbert: JZ 1968, 88.

³⁸ Das wäre bei einem Kollektivmonopol der Fall.

³⁹ Was hier für die Nachfrager ausgeführt wird, gilt entsprechend für die Lieferanten des Syndikats, sofern ein zentraler Einkauf rechtlich vereinbart oder faktisch durchgeführt wird.

⁴⁰ Auch der BGH sieht wohl als wesentlichstes Merkmal eines Kartells die Außenwirkungen der Wettbewerbsbeschränkung an (vgl. Urteil vom 1. 7. 64, WuW/E BGH 605 (610) „Flußpat“). Die unmittelbare Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit Dritter scheint allerdings nicht näher untersucht zu werden. Der Schwerpunkt liegt wohl auf der Veränderung der Marktverhältnisse, die im Tatbestand der Marktbeeinflussung erfaßt werden (vgl. Urteil des BGH vom 7. 6. 62, WuW/E BGH 486 [491 ff.] „Spar“ und den Beschluß vom 27. 1. 66, WuW/E BGH 726 [730 f.] „Klinker“). Nach der hier vertretenen Auffassung wird die unmittelbare Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kartellmitglieder und Dritter im Tatbestand der Wett-

Ziel eines Syndikats ist es, die wirtschaftliche Ausgangslage mittels Marktmacht zugunsten der Kartellbeteiligten zu verändern und eine der Kontrolle des Kartells unterworfenen Marktordnung herzustellen. Damit wird ein Element individueller Willkür in den Marktablauf hineingetragen, die sich als Risikoüberwälzung, Ausbeutung und Unfreiheit manifestieren kann⁴¹. Die Bildung eines Syndikats wird somit zu einem Herrschaftsinstrument, das geeignet erscheint, den Besitzstand der Kartellmitglieder zu festigen und zu vergrößern, Freiheitsbereich und wirtschaftliche Chance, die Abnehmer und Lieferanten, Kartellaußenseiter und potentielle Wettbewerber ohne Kartell innehätten, zu verringern und sie in die Lage des wirtschaftlich Schwächeren und Abhängigen zu verdrängen. Ihre Marktposition wird durch Einsatz wirtschaftlicher Macht verschlechtert.

Die Grundannahme der Privatautonomie, die auf dem Interessenausgleich freier und damit machtloser oder wenigstens machtgleicher Vertragspartner basiert, wird hierdurch in Frage gestellt⁴². Ohne die rechtliche Bindung privater Macht steht die Freiheit jener, die keine Machtstellung innehaben, nur auf dem Papier. Hier zeigt sich deutlich der Zusammenhang zwischen Privatrechtsordnung und Wettbewerbsordnung⁴³. Denn ein wettbewerbsbeschränkender Vertrag verstößt sowohl gegen den Grundsatz der Privatautonomie als auch gegen das Wettbewerbsprinzip, da beide Ordnungsprinzipien auf den gleichen Voraussetzungen beruhen⁴⁴.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß Verkaufssyndikate gegen die gesellschaftspolitische Zielsetzung des GWB verstoßen.

bewerbsbeschränkung, die wirtschaftliche Auswirkung — quasi als ökonomische Gewichtung der Freiheitseinschränkung — dem Tatbestand der Marktbeeinflussung zugeordnet.

⁴¹ Böhm, Franz: Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, in: Ordo III, 1950, S. XLVI (Prolog). Biedenkopf bezeichnet die wirtschaftliche Selbstverwaltung als „Legitimation marktmächtiger Willkür innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit“, in: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 135. Im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für das Jahr 1958 wird die Abwälzung oder Einschränkung des mit echtem Wettbewerb verbundenen permanenten Risikos, die Möglichkeit, Verluste oder gar Konkurs zu erleiden, als Grund für wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen genannt (BT-Drucks. III/1000, S. 8).

⁴² Biedenkopf, Kurt: BB 1956, 974 f.

⁴³ Vgl. z. B. Giersch, Herbert: Aufgaben der Strukturpolitik, a.a.O., S. 67: Wettbewerb als Instrument der spontanen Kontrolle privater wirtschaftlicher Macht sei eine notwendige Ergänzung zum System der Vertragsfreiheit.

⁴⁴ Biedenkopf, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung, a.a.O., S. 178 f.

III. Ökonomische Auswirkungen der Freiheitseinschränkung

Mit der Einschränkung der Handlungsfreiheit des einzelnen Kartellmitglieds wird über die koordinierte Willensbildung, das kollektive, solidarische Verhalten am Markt eine Machtposition angestrebt, die Marktstruktur und Marktergebnis im Vergleich zu unbeschränktem Wettbewerb verändert.

1. Marktform

a) Ausgangslage

Eine Syndizierung vollzieht sich im allgemeinen innerhalb einer Oligopol-situation. Der Oligopolmarkt zeigt in besonderer Weise die Tendenz zum kartellmäßigen Zusammenschluß, da hier dem einzelnen Anbieter das Vorhandensein von Rivalitätsbeziehungen unmittelbar bewußt ist. Gewinn- und Sicherheitsstreben lassen daher ein aufeinander abgestimmtes Verhalten — vor allem durch Ausschaltung des Preiswettbewerbs — privatwirtschaftlich vorteilhaft erscheinen (Kartellwilligkeit)⁴⁵.

Außerdem muß bei einem solch hoch organisiertem Kartell wie einem Syndikat die Zahl der Beteiligten zugleich gering sein, wie auch möglichst viele der auf dem betreffenden Markt Anbietenden umfassen, damit die Einheitlichkeit der Willensbildung und Wirtschaftsplanung überhaupt erreicht werden kann. Andererseits wird dennoch die Anzahl der Kartellmitglieder so groß sein, daß bei selbständigem Vertrieb die Einhaltung der vereinbarten Verhaltensweisen nicht sicher gewährleistet ist, eine Umgehung also nur bei zentralisiertem Verkauf vermeidbar erscheint⁴⁶. Darüber hinaus muß es sich, wenn eine gemeinsame Preisfestsetzung vereinbart werden soll, um wenig differenzierte, möglichst homogene Produkte handeln, zumindest aber um solche Waren, deren Qualitätsunterschiede objektiv meßbar sind und sich exakt in unterschiedlichen Preisen wiedergeben lassen (Kartellfähigkeit)⁴⁷.

⁴⁵ *Machlup* vertritt die Ansicht, daß plausible Oligopolmodelle langfristig ohne irgendeine Art des Zusammenarbeitens schwierig vorzustellen seien. Beim Oligopol handle es sich nicht um die Frage, „ob Kollusion bestehe, sondern in welchem Grade“, in: *Wettbewerb im Verkauf*, Göttingen 1966, S. 423; siehe auch *König*, Heinz: *Kartelle und Konzentration*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Bd., Berlin 1960, S. 315: Die Koalitionsneigung nehme mit steigenden Kreuzpreiselastizitäten, d. h. mit steigender Reaktionsverbundenheit zu.

⁴⁶ *Machlup*, Fritz: *Wettbewerb im Verkauf*, a.a.O., S. 462 und Anm. 4 auf S. 462 f.

⁴⁷ Eine Voraussetzung für den vollkommenen Wettbewerb der Preistheorie — Homogenität der Produkte — erscheint hier als wesentliche Voraussetzung zur Beschränkung des Wettbewerbs.

Daraus ergibt sich, daß Verkaufssyndikate vorwiegend anzutreffen sind auf Märkten mit hoher oligopolistischer Interdependenz, die auf geringer Anbieterzahl und relativer Homogenität der Erzeugnisse beruht, also insbesondere in der Grundstoffindustrie.

Allein im Industriezweig Steine und Erden sind in der Zeit von 1959 bis 1968 18 Anträge⁴⁸ auf Erlaubnis eines Verkaufskartells gemäß § 5 Abs. 2 und 3 beim Bundeskartellamt gestellt worden, darunter 10 Anträge von sog. Altkartellen (§ 106 Abs. 2)⁴⁹. Als weiterer Grund für die besondere Kartellfähigkeit und -willigkeit der Grundstoffindustrie kommt die hohe spezifische Transportkostenbelastung der Produkte dieses Industriezweiges zusammen mit der rohstofforientierten Standortgebundenheit hinzu⁵⁰.

b) Typische Marktformen nach Syndikatsbildung

Es muß Ziel jedes Syndikats sein, möglichst alle Anbieter zu erfassen, da sich das vereinbarte Verhalten um so leichter am Markt durchsetzen läßt, je größer die Marktmacht, je geringer der Einfluß vorhandener Außenseiter ist, je weniger die Nachfrage auf ein anderes Angebot ausweichen kann.

Das wird am ehesten erreicht, wenn alle konkurrierenden Unternehmen und alle marktstrategischen Variablen in die Vereinbarung einbezogen sind. Dann liegt ein Kollektivmonopol vor⁵¹, das nicht nur von theoretischem Interesse ist.

Denn auch in der Praxis kommen Kollektivmonopole vor. Zum Zeitpunkt der Erlaubnis der „Verkaufsgemeinschaft Deutscher Steinzeugwerke“ verfügten die 31 Kartellmitglieder über einen Marktanteil von 65 % der inländischen Steinzeugproduktion⁵². Inzwischen hat der vom Bundeskartellamt genehmigte Beitritt von acht weiteren Unternehmen den Marktanteil des Syndikats auf etwa 95 % der inländischen Produktion erhöht⁵³. Damit besteht praktisch ein Kollektivmonopol. Die „Gemeinschaft Deutscher Kalierzeuger“ umfaßt sämtliche inländischen Hersteller von Kalisalzen (8 Mitglieder; insgesamt sind dem Syndikat

⁴⁸ Einschließlich später zurückgenommener Anträge.

⁴⁹ Berichte des Bundeskartellamts über seine Tätigkeit in den Jahren 1959—1968, Tabelle C.

⁵⁰ Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts für das Jahr 1958, BT-Drucks. III/1000, S. 47.

⁵¹ Krelle, Wilhelm: Preistheorie, Tübingen, Zürich 1961, S. 83.

⁵² WuW/E BKartA 79 f. „Steinzeugsyndikat“.

⁵³ WuW 1968, 110; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 48; es bestehe aber zunehmende Konkurrenz durch Importe und Substitutionsgüter. Der Anteil am Gesamtabsatz ist nicht veröffentlicht.

drei Konzerne angeschlossen)⁵⁴. Dem „Verein für Thomasphosphat“ gehören alle inländischen Thomasphosphathersteller an außer zwei unbedeutenden Außenseitern (Anteil von 10 % an der inländischen Produktion⁵⁵), die selbst Gesellschafter der Verkaufsgemeinschaft sind⁵⁶. Ohne den Handel mit Importware verfügt das Syndikat über einen Anteil von 80 % des inländischen Gesamtabsatzes⁵⁷. Das Verkaufsyndikat für Teererzeugnisse besitzt für bestimmte Teerprodukte einen Marktanteil von fast 100 %^{58, 59}.

Häufig wird es jedoch nicht gelingen, daß nahezu sämtliche Anbieter des betreffenden Marktes an der Syndizierung beteiligt sind, so daß das Kartell auch nur über einen mehr oder weniger großen Anteil am Gesamtabsatz bzw. an der Gesamtproduktion verfügen kann⁶⁰. Je nachdem, ob das Syndikat allein oder zusammen mit einigen wenigen Unternehmen, von denen jedes einen relativ großen Marktanteil auf sich vereinigt, auf mehrere Firmen mit relativ kleinem Marktanteil trifft, liegt ein Teilmonopol oder Teiloligopol vor⁶¹. Typischer ist die Marktform des Teilmonopols.

Wenn auch häufig die Marktstellung eines Kollektivmonopols nicht erreicht wird, so ist doch das Monopolstreben, Marktmacht durch Beschränkung des Wettbewerbs zu erlangen, als Wesensmerkmal eines Kartells aufzufassen⁶². Grundsätzlich wird dadurch der Monopolisie-

⁵⁴ WuW/E BKartA 695 (701) „Kali II“ bzw. 1175 „Kali III“.

⁵⁵ WuW/E BKartA 211 (219) „Thomasphosphat“.

⁵⁶ WuW/E BKartA 211 (214) „Thomasphosphat“.

⁵⁷ WuW/E BKartA 389 (394) „Thomasphosphat II“. Die ursprüngliche Fassung des Kartellvertrages und das tatsächliche Verhalten des Syndikats ermöglichten eine nahezu lückenlose Monopolstellung (vgl. WuW/E BKartA 211 [218 ff.] „Thomasphosphat“).

⁵⁸ WuW/E BKartA 965 (969) „Teer-Erzeugnisse“.

⁵⁹ Die zweite von Krelle angeführte Bedingung für ein Kollektivmonopol, die Einbeziehung aller marktstrategischen Variablen, ist bei den beispielhaft erwähnten Syndikaten ebenfalls erfüllt.

⁶⁰ Anzahl der beteiligten Unternehmen, Anteil des Syndikats an der inländischen Produktion und am Absatz auf dem betreffenden Markt werden vom Bundeskartellamt nicht systematisch veröffentlicht.

⁶¹ Teilmonopol und Teiloligopol im Sinne *Euckens*: Die Grundlagen der Nationalökonomie, a.a.O., S. 103 ff.

⁶² Vgl. *Mayer, Leopold*: Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, Wiesbaden 1959, S. 28.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Begründung der Antragsteller für die Beteiligung der rheinischen Zementwerke am Kartellvertrag der westfälischen Zementindustrie (der Kartellvertrag bringt den rheinischen Werken keine Rationalisierungsvorteile, was auch nicht bestritten wird): Die Funktionsfähigkeit eines Syndikats erfordere die Beteiligung so vieler Wettbewerber, daß die verbleibenden Außenseiter das Syndikat nicht paralysieren könnten (WuW/E BKartA 549 [561] „Westfälische Zementwerke I“).

rungsgrad des betreffenden Marktes erhöht, um so mehr, je fester und umfassender die Organisation des Kartells durchgeführt wird⁶³.

Diese monopolistische Position wird durch Syndizierung künstlich geschaffen und geschützt⁶⁴. Sie beruht nicht auf einem Leistungsvorsprung, sondern auf gesellschaftspolitischer Billigung.

Die Gründung eines Syndikats bedeutet eine Konzentration hinsichtlich der Zahl der Anbieter, die auf dem Markt auftreten, und des Anteils an Produktion und Absatz, die das Syndikat auf sich vereinigt und unter einheitliche Leitung bringt (absolute und relative Konzentration)⁶⁵. Der Syndikatsleitung werden unternehmerische Funktionen übertragen, den Kartellbeteiligten in entsprechendem Umfang Entscheidungsbefugnis und Kontrolle über den Einsatz ihrer Aktionsparameter entzogen. Das bedeutet Verfügungsmacht über größere Produktionsmittel in den Händen der Syndikatsleitung⁶⁶.

Die Gründung eines Kartells ist folglich als besondere Form der Konzentration zu werten⁶⁷. Die besondere Art der Konzentration durch Kartellierung liegt darin, daß diese Konzentration zeitlich beschränkt ist, da der Kartellvertrag kündbar ist und mit Auflösung des Kartells die Konzentration wieder rückgängig gemacht werden kann.

⁶³ Heuss, Ernst: Das Problem der unvollkommenen Konkurrenz in der Wettbewerbswirtschaft, in: *Ordo* VII, 1955, S. 111.

Zur Problematik, einen zuverlässigen Maßstab zur Messung des Monopolgrades zu finden, siehe die Übersicht bei Gutenberg, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, II. Bd., Der Absatz, 7. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964, S. 213 ff.

⁶⁴ Vgl. Pfister, Bernhard: Leistungswettbewerb und Monopolkontrolle, Hohland, 40. Jg., München und Kempten 1947/48, S. 562 f.

⁶⁵ z. B. Kellerer, Hans: Zur statistischen Messung der Konzentration, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, 1. Bd. Stand der Konzentration, Berlin 1960, S. 41 ff.; König, Heinz: Kartelle und Konzentration, a.a.O., S. 303 f.

⁶⁶ Lenel definiert wirtschaftliche Konzentration als „einen Vorgang, bei welchem die Verfügungsmacht einzelner Unternehmen über Produktionsmittel ... wächst“, in: Ursachen der Konzentration, 2. Aufl., Tübingen 1968, S. 4.

⁶⁷ Arndt, Helmut und Ollenburg, Günter: Begriff und Arten der Konzentration, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, I. Bd., Stand der Konzentration, a.a.O., S. 28 ff.; Kühne, Karl, a.a.O., S. 183 f.; sinngemäß Lenel, Hans: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 229 ff.

a. A. Jöhr, Adolf: Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, 2. Bd., Ursachen der Konzentration, Berlin 1960, S. 1318. Er vertritt die Ansicht, daß das Kartellverbot nicht der Bekämpfung, sondern der Förderung der Konzentration diene. Das setzt aber zunächst voraus, daß man eine Kartellierung nicht als Konzentration wertet. Sicherlich kann das Verbot des § 1 dazu führen, daß statt eines Kartells ein Gemeinschaftsunternehmen gegründet wird, indem bestimmte unterneh-

2. Wirkung auf die Marktpreise

a) Die Preispolitik des Syndikats

Das Streben nach Marktmacht ist selbst wiederum Mittel zur Erhaltung oder Steigerung des Ertrages⁶⁸. Die monopolistische Position erlaubt dem Kartell die Anwendung monopolistischer Marktstrategie. Diese Marktmacht, der größere Entscheidungsspielraum, muß auch ausgenutzt werden. Denn die Kartellmitglieder schränken ihre wirtschaftliche und rechtliche Unabhängigkeit nur dann ein, wenn sie sich von der kollektiven Wettbewerbsbeschränkung einen individuellen Vorteil versprechen, der aber nur gemeinsam erreicht werden kann. Hier zeigt sich ein deutlicher Zusammenhang zwischen Marktform und Verhaltensweise⁶⁹.

Das Syndikat kann eine Lenkung entweder der Preise oder der Absatzmengen beabsichtigen. Wird der Preis fixiert, muß sich das Syndikat mit der Menge anpassen. Werden Absatzquoten ohne Preisvereinbarung festgelegt, dann wird der Preis wegen der Absatzbeschränkung steigen. Grundsätzlich erscheint die Annahme berechtigt, daß eine kollektive Preispolitik ebenso wie eine Mengenpolitik das Ziel höherer Gewinne verfolgt⁷⁰. Bei Syndikaten muß als besonders typisch eine Politik höherer Preise angenommen werden, da meistens Preisabsprachen vereinbart sind⁷¹.

merische Teilfunktionen ausgegliedert und einer gemeinsamen Tochtergesellschaft übertragen werden. Diese Form der Umgehung des Kartellverbots dürfte allerdings nur Großunternehmen vorbehalten sein. Das bedeutet aber nicht, daß ein Kartellverbot die Konzentration fördert, sondern lediglich, daß es marktmächtigen Unternehmen möglich ist, die Disparität zwischen dem Verbotsprinzip des § 1 und dem Mißbrauchsprinzip der §§ 22 ff. auszunutzen und die Wettbewerbsbeschränkung in eine organisatorische Form zu kleiden, die eine Legalisierung entsprechend den Ausnahmenvorschriften zu § 1 erübrigt (vgl. Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 20 f.). Es wäre zu prüfen, ob diese „unechten“ Fusionen nicht doch unter § 1 zu subsumieren sind (siehe auch *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: DB 1968, 338).

⁶⁸ So auch Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 17.

⁶⁹ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Der Bericht der englischen Monopolkommission, in: *Ordo* VIII, 1956, S. 270.

⁷⁰ Während das rationale Denken eines Unternehmers, der unter Wettbewerbsbedingungen anbietet, auf einen möglichst großen Gewinn durch bessere Marktleistung gerichtet sei, ziele das rationale Denken eines Monopolisten darauf ab, den Preis und die Menge zu finden, bei denen er den größten Gewinn verwirklichen kann; so *Pfister*, Bernhard: Leistungswettbewerb und Monopolkontrolle, a.a.O., S. 566 f.

⁷¹ So z. B. Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 69.

Die Vereinbarung bezieht sich in der Regel auch auf Rabatte, Zahlungs- und Lieferungsbedingungen, da sonst die kollektive Preispolitik leicht durchbrochen werden kann.

Die Preisbildung eines Syndikats unterscheidet sich von derjenigen eines Monopols, auch wenn es sich um ein Kollektivmonopol handelt. Denn hier liegt keine einheitliche Kostenkurve vor wie beim Individualmonopol, sondern die beteiligten Unternehmen werden unterschiedliche Kostenstrukturen und Kapazitäten aufweisen. Es besteht allerdings für das Syndikat eine Gesamtabsatzkurve, da jedes Kartellmitglied auf eine individuelle Preispolitik verzichtet. Unter der Voraussetzung der Gewinnmaximierung wäre für das einzelne Unternehmen der gewinnmaximale Preis (Grenzkosten = Grenzerlös) ableitbar. Bei unterschiedlichen Kostenkurven ergeben sich dann sehr verschiedene gewinnmaximale Preise. Der Konflikt zwischen höheren Preisen und größerem Absatz, der aus den abweichenden Grenzkosten- und Grenzerlösvorstellungen der einzelnen Syndikatsmitgliedern resultiert, muß gelöst werden⁷².

Die Interessendivergenzen lassen sich um so leichter aufheben, je ähnlicher die am Syndikat beteiligten Unternehmen in Betriebsgröße und Kostenstruktur sind, während bedeutende Unterschiede die Schwierigkeiten vermehren. Welcher Preis als Kartellpreis fixiert wird, kann nur das Ergebnis von Verhandlungen sein, ist aber nicht theoretisch ableitbar⁷³. In erster Linie ist nicht der maximale Gewinn der gesamten Gruppe maßgeblich, da er vom betrieblichen Gleichgewicht der einzelnen Kartellmitglieder abweicht. Vielmehr ist ein Ausgleich der Einzelinteressen erforderlich. Es muß ein Preis gefunden werden, der die kartellinternen Spannungen möglichst überbrückt und die oberste Zielsetzung des Syndikats berücksichtigt, die einzelnen Mitglieder wirtschaftlich besser zu stellen als ohne Kartellierung. Die Notwendigkeit, interne Interessengegensätze zu überwinden, macht den wesentlichsten Unterschied in der Preisbildung eines Individualmonopols und eines Kartells aus⁷⁴.

Richtet sich nun die Kartellpreisbildung nach dem am kostenünstigsten produzierenden Unternehmen oder nach dem Kostendurchschnitt der Beteiligten?

Weicht der Kartellpreis von den Kosten des unrentabelsten Betriebes ab, dann müssen Erlösausgleichszahlungen vereinbart werden, d. h. es werden Kompensationsleistungen an Kartellmitglieder dafür gezahlt, daß der Kartellpreis — für sie allein betrachtet — ungünstig, für die Gesamtheit der Gruppe jedoch vorteilhaft ist. Nach Krelle ist unter der Voraussetzung von Kompensationszahlungen und der Zielsetzung der

⁷² Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 464.

⁷³ Gutenberg, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II, a.a.O., S. 323 f.

⁷⁴ Heuss, Ernst: Das Kartell, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 12, Göttingen 1961, S. 144.

Gewinnmaximierung auch beim Kollektivmonopol als eindeutiger Lösungspunkt der Monopolpreis gegeben. Problematisch bleibe nur die Bestimmung der Kompensationszahlungen, für die die Theorie des bilateralen Monopols herangezogen werden könne⁷⁵.

Wahrscheinlich wird sich jedoch die Preispolitik eines Kartells unmittelbar nach der Unternehmung mit den höchsten Kosten richten⁷⁶.

Ob die Preisbildung innerhalb eines Kartells von der Unternehmung mit den höchsten Kosten beeinflußt wird oder der Kostendurchschnitt der beteiligten Unternehmen maßgeblich ist, dann aber an Mitglieder, deren Kosten über dem Durchschnitt liegen, leistungsfremde Prämien in Form von Kompensationszahlungen entrichtet werden, in jedem Fall erscheint sie geeignet, die Kosten der Grenzunternehmung zu decken, unrationell arbeitende Betriebe lebensfähig zu erhalten⁷⁷. Zutreffend kann man daher Kartelle als „Substanzschutz“ für bestehende Unternehmungen bezeichnen⁷⁸.

Es herrscht weitgehend Übereinstimmung im wissenschaftlichen Schrifttum, daß der so gefundene Preis über dem Preis, der sich ohne kollektive Bindung am Markt einspielen würde, zumindest liegen kann⁷⁹.

Die Wahrscheinlichkeit spricht dafür, daß das Syndikat auch diese preispolitische Möglichkeit ausnutzt. Wie weit der Kartellpreis den Marktpreis ohne Wettbewerbsbeschränkung übersteigt, darüber läßt sich eine allgemeingültige Aussage nicht treffen⁸⁰.

⁷⁵ Krelle, Wilhelm: Preistheorie, a.a.O., S. 284 f.

⁷⁶ Heuss, Ernst: Das Kartell, a.a.O., S. 156; WuW/E BKartA 434 (441) „Superphosphat“. Unterschiedliche Leistungsfähigkeit kommt dann nicht mehr in unterschiedlichen Preisen zum Ausdruck.

⁷⁷ Heuss, Ernst: Das Kartell, a.a.O., S. 156; ebenso Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 31.

⁷⁸ Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 32.

⁷⁹ z. B. Gutenberg, Erich: Die Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Bd. II, a.a.O., S. 324; Lehnich, Oswald: Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln, Berlin 1956, S. 32; Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 510. Fricke vertritt die Ansicht, daß ein Kartell von selbst zerfällt, wenn es nicht zur monopolistischen Preisbeeinflussung in der Lage ist (in: Kollektivmonopole, Heidelberg 1956, S. 14 f.). Auch Heuss sieht die Existenz eines Kartells an die Durchsetzung des kartelleigenen Optimalpreises gebunden (in: Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965, S. 222). Selbst ein Verfechter der Kartelle als Ordnungsfaktor, als Träger wirtschaftlicher Selbstverwaltung schließt nicht aus, daß insbesondere Syndikate wirtschaftliche Machtstellungen zu begründen vermögen (Andreae, Wilhelm: Die Kartelle und die deutsche Wirtschaftsordnung, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 40).

⁸⁰ Dabei muß berücksichtigt werden, daß als typische Ausgangslage eine niedrige Preiselastizität der Branchennachfrage angenommen wurde. In diesem Fall ist aber der Unterschied zwischen Monopol- und Wettbewerbspreis

Die Durchsetzbarkeit eines hauptsächlich kosten- und gewinn-determinierten Preises hängt von der Stärke der Außenseiterkonkurrenz⁸¹ und der Preiselastizität der Nachfrage ab.

Je weniger (stärker) spürbar die Außenseiterkonkurrenz, je geringer (größer) die Preiselastizität der Nachfrage ist, um so größer (kleiner) ist der preispolitische Spielraum des Syndikats. Ist neben der gemeinsamen Preisfestsetzung eine interne Absatzregelung vereinbart, ist die Anzahl der Kartellbeteiligten noch überschaubar, so daß eine straffe Organisation möglich erscheint, und fällt der Marktanteil von Außenseitern nicht ins Gewicht⁸², dann ist die Machtstellung des Syndikats ziemlich unangefochten und die Möglichkeit gegeben, den Markteinfluß im Sinne einer monopolistischen Preisgestaltung zur Geltung zu bringen.

Die Durchsetzbarkeit der monopolistischen Preispolitik hängt des weiteren von der Preiselastizität der Nachfrage ab. Bei relativ elastischer Nachfrage kann der Syndikatspreis nicht wesentlich über dem Preis bei unbeschränktem Wettbewerb liegen. Die kollektive Preispolitik zielt aber gerade darauf ab, die Elastizität der individuellen Preis-Absatzkurve zu senken⁸³. Die Elastizität der Nachfrage hängt nämlich ihrerseits — neben anderen Faktoren wie: Höhe des Einkommens und des Preises, Sättigungsgrad und Präferenzen — von den Substitutionsmöglichkeiten ab. Der Ausschluß des Preiswettbewerbs unter den Syndikatsmitgliedern besagt nicht nur, daß zwischen ihnen keine Aktionen und Reaktionen preispolitischer Art mehr stattfinden, sondern auch, daß sich für die Nachfrager die Ausweichmöglichkeiten verringert haben. Wenn ein Anbieter allein seinen Preis erhöht, wird ein großer Teil seiner Kunden auf ein Konkurrenzangebot mit niedrigerem Preis abwandern⁸⁴. Diese Ausweichmöglichkeit besteht nach Kartellierung innerhalb der Gruppe der Syndikatsmitglieder nicht mehr.

besonders groß (vgl. z.B. *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 52).

⁸¹ Einschließlich etwaiger Konkurrenzbeziehungen gegenüber Substitutions- und Importgütern.

⁸² Folgen die Außenseiter der Preispolitik des Kartells, d.h. das Kartell ist Preisführer, dann herrscht auch zwischen Außenseitern und Syndikat kein Preiswettbewerb.

⁸³ *Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 63; der Verlauf der individuellen Preis-Absatzkurve werde zum Maßstab für den Monopolgrad (ebd., S. 168). Vgl. auch *König*, Heinz: Kartelle und Konzentration, a.a.O., S. 315: Die Koalitionswirksamkeit (im Sinne eines höheren Gewinnniveaus der Kartellmitglieder) steige mit fallender Nachfrageelastizität.

⁸⁴ Da ja als typische Ausgangslage ziemlich homogene Güter angenommen werden; hier ist die Gesamtnachfrage nach dem betreffenden Produkt zwar relativ unelastisch, reagiert also auf Preisänderungen sehr schwerfällig, die Beweglichkeit der Nachfrage zwischen den einzelnen Anbietern aber sehr groß (vgl. *Krelle*, Wilhelm: Preistheorie, a.a.O., S. 354 f.).

Wenn das Syndikat über einen relativ großen Marktanteil verfügt und zwischen ihm und anderen Anbietern, die im Urteil der Nachfrager unter dem Gesichtspunkt des Verwendungszweckes ähnliche Produkte herstellen, kein wesentlicher Substitutionswettbewerb herrscht, dann wird die Preiselastizität der Nachfrage durch die Syndizierung spürbar verringert.

Die Monopolstellung eines Syndikats wird also relativiert durch Außenseiter- und Substitutionswettbewerb. Grundsätzlich ist aber der Spielraum monopolistischer Preispolitik größer als im kartellosen Zustand. Ein Syndikat strebt zumindest nach Zementierung der bestehenden Güter- und Machtverteilung mit der Folge eines erhöhten, vom Markt sonst nicht bewilligten Preisniveaus.

b) Die Beeinträchtigung des Preismechanismus

Die entsprechend der Machtstellung mehr oder weniger markthobene Preisbildung eines Syndikats beeinträchtigt die Wirksamkeit des Preis- und Marktmechanismus.

Bei unbeschränkter Konkurrenz vollzieht sich über den Preis — mit Hilfe des wirtschaftlichen Risikos — die Koordinierung der wirtschaftlichen Einzelpläne. Maßstab für die Auslese der besseren Leistung und die relative Knappheit der Güter ist der Preis. Diese Funktion erfüllt aber nur ein echter Marktpreis, der unter Wettbewerbsbedingungen zustande kommt. Über den Marktpreis erfolgt die Auslese der besseren Leistung und die Lenkung der Produktivkräfte an die Stelle dringendsten Bedarfs mit der Folge höherer gesamtwirtschaftlicher Produktivität.

In der wirtschaftlichen Wirklichkeit funktioniert zwar der Preismechanismus, gemessen am Modell der vollkommenen Konkurrenz, nur unvollkommen. Syndikate beeinflussen aber die Wirkungsweise des Preismechanismus nicht nur quantitativ, sondern es liegt ebenso ein qualitativer Eingriff vor, der die Funktionsfähigkeit des Preismechanismus aufheben kann⁸⁵, wenn „administrierte“ Preise überwiegen.

Dieser Intervention muß besondere Bedeutung beigemessen werden, da sie die Anpassungsfähigkeit der Wirtschaft vermindert, die Marktelastizität verringert⁸⁶. Der Ausgleich bestehender oder entstehender

⁸⁵ Vgl. Gutachten zum Wettbewerbsproblem, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium, Sonderband, Göttingen 1962, S. 11: Der Preis als Lenkungsinstrument verliere bei Monopolen und Kartellen an Wirksamkeit.

⁸⁶ Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 36; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 11.

Ungleichgewichte wird behindert oder verzögert⁸⁷. Erstarrte Märkte lassen die dem freien Preis innewohnende Tendenz zu möglichst effizienter Produktionsweise nicht — oder nur eingeschränkt — wirksam werden. Denn je umfassender ein funktionsfähiger Preismechanismus gewährleistet ist, um so geringer sind die Anpassungsverluste bei Datenänderungen.

Als eindrucksvolles Beispiel mag der norddeutsche Zementmarkt dienen, ein Markt mit langer Kartelltradition. Massive Preis- und Erlöseinbrüche⁸⁸ kennzeichnen die wirtschaftliche Lage unmittelbar nach Auflösung der Syndikate⁸⁹. Sie sind ein Indiz für monopolistische Preise, die während der Syndizierung durchzusetzen waren, und für Überkapazitäten, die wohl zum überwiegenden Teil aus der Preispolitik resultieren und die Erstarrung der Märkte widerspiegeln. Ohne Syndizierung wäre diese Entwicklung wahrscheinlich nicht eingetreten, eine solch scharfe Strukturbereinigung nicht notwendig.

c) Einkommensverschiebung zugunsten der Kartellbeteiligten

In einer Wirtschaftsordnung, die auf dem Wettbewerb basiert, wird grundsätzlich ein leistungsäquivalentes Einkommen gefordert, wobei das, was als Leistung gilt, vom Markt entsprechend der Knappheit des Angebots und der Dringlichkeit der Nachfrage bewertet wird⁹⁰. Wegen der „knappheitsorientierten Leistungsgerechtigkeit“⁹¹ des Wettbewerbs entstehen Gewinne nur als Prämien für besonders knappe Leistungen, besonders produktiven Einsatz der zur Verfügung stehenden Produktivkräfte, für Neuerungen und besondere Risiken⁹².

⁸⁷ Arndt, Helmut: Über die Voraussetzung des Marktautomatismus, Heidelberg 1947, S. 217 f.

⁸⁸ Das Bundeswirtschaftsministerium spricht von Preissenkungen bis zu 15 % und mehr, SZ vom 14. 5. 68. Nach Angaben von Vertretern der westfälischen Zementindustrie sind die Erlöse auf fast die Hälfte des früheren Syndikatsniveaus gesunken. Die Industrie- und Handelskammer Arnsberg unterstützt die Forderung nach einem zeitlich befristeten Übergangskartell zur Strukturbereinigung mit dem Hinweis, daß die Durchschnittserlöse der westfälischen Zementindustrie 28 DM je Tonne (ab Werk) betragen, der Selbstkostenpreis aber bei 36 DM liege; FAZ vom 14. 12. 68, S. 19. Vgl. auch Tätigkeitsbericht für das Jahr 1968, BT-Drucks. V/4236, S. 11.

⁸⁹ Wobei zu berücksichtigen ist, daß weiterhin Verkaufsagenturen bestehen, wenn auch ohne Andienungszwang, ein Frachtausgleich (siehe Fack, Fritz Ullrich: Die Zementindustrie am Wendepunkt, FAZ vom 7. 8. 67) und Lieferrichtwerte (Angaben des Bundeskartellamts, FAZ vom 1. 8. 67) praktiziert werden.

⁹⁰ Vgl. z. B. Röper, Burkhardt: Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, a.a.O., S. 282 f.

⁹¹ Giersch, Herbert: Aufgaben der Strukturpolitik, a.a.O., S. 68.

⁹² Ebd., S. 68.

Bei erfolgreicher monopolistischer Preispolitik erhöht sich der Gesamtgewinn des Syndikats, da sich die Gesamtkosten, bedingt durch die bei höherem Preis niedrigere Absatzmenge, verringern und der Umsatz entsprechend der Preiselastizität der Nachfrage prozentual weniger sinkt als die Gesamtkosten, konstant bleibt oder steigt⁹³. Da innerhalb des Kartells die einzelnen Mitglieder unterschiedliche Kostenstrukturen aufweisen und die Preispolitik des Syndikats auch Grenzünternehmungen sicherstellt, entstehen kartellbedingte Differentialrenten⁹⁴. Sie resultieren nicht aus besonderer Leistung, sondern sind Ausdruck der Marktstrategie, der gefestigten Marktmacht des Syndikats und können nur als Monopolrente auf Kosten Dritter klassifiziert werden. Böhm kennzeichnet die Monopolrente zutreffend als „feudalrechtlichen Bestandteil“ des Gesamtpreises⁹⁵.

Da der kartellbedingten Gewinnerhöhung keine gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung entspricht, berührt sie die Frage der Einkommensverteilung. Die Rentabilitätssteigerung der Kartellmitglieder bewirkt eine Umverteilung des Volkseinkommens zuungunsten ihrer Nachfrager und Unternehmen anderer Industriezweige. Der Anteil der kartellierten Gruppe am Volkseinkommen ist größer als vor Syndizierung.

Die Nachfrager nach den Syndikatsprodukten müssen bei gegebenem Einkommen einen höheren Betrag aufwenden, wenn sie die gleiche Menge wie vor der Syndizierung kaufen wollen (völlig unelastische Nachfrage). Wahrscheinlich geht die nachgefragte Menge zurück. Es ist jedoch anzunehmen, daß der Teil des Einkommens, den die Abnehmer für die Kartellprodukte ausgeben, trotz geringerer Nachfragemengen größer sein wird als vor der Syndizierung⁹⁶. Aber gleichgültig, ob der Anteil der betreffenden Ausgaben am Einkommen der Nachfrager wächst, konstant bleibt oder sinkt, erzwingt die Preispolitik des Syndikats eine Abschöpfung von Kaufkraft, da mit der gleichen Menge Geldes nur eine geringere Menge an Produkten des Syndikats gekauft

⁹³ Vgl. *Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 510 f.*

⁹⁴ Eine Differentialrente auf Kosten des Verbrauchers wird auch in der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf angenommen, BT-Drucks. II/1158, Teil B, S. 25, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1065; ebenso z. B. *Fricke, Werner, a.a.O., S. 19 f.; Lehnich, Oswald, a.a.O., S. 195*. Die Preisbildungskommission der Schweiz bezeichnet Kartelle als „Differentialrenten-Produzenten“, als „Instrument par excellence zur Erzeugung von zum Teil massiven Differentialrenten“, in: Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 31/33. Auch *Andreae* ist der Ansicht, daß durch Kartellierung Differentialrenten entstehen. Diese seien Prämien für „vorbildliche Leistungen“, in: Kartelle als Ordnungsfaktor, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 24.

⁹⁵ *Böhm, Franz: Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, a.a.O., S. 176.*

⁹⁶ Wegen der relativ niedrigen Preiselastizität der Nachfrage.

werden kann. Leistung und Gegenleistung entsprechen nicht mehr den tatsächlichen Knappheitsrelationen⁹⁷.

Dieser Einwand gegen die Preispolitik von Syndikaten ist besonders schwerwiegend. Die Kartellpolitik torpediert damit das wesentlichste materielle Ziel der Wirtschaftspolitik: die Steigerung der Kaufkraft⁹⁸.

Wenn nach Syndizierung der Anteil der Ausgaben für die Kartellprodukte am Einkommen der betreffenden Nachfrager steigt, dann muß bei gegebenem Einkommen und konstanter Konsumneigung der Betrag, den sie für andere Produkte aufwenden, geringer sein, d. h. die Erlöse anderer Unternehmen sinken.

Nun könnte jedoch gefolgert werden, daß der Rückgang der Kaufkraft Dritter dadurch kompensiert werde, daß das Syndikat seinerseits über die Gewinnerhöhung zusätzliches Einkommen schaffe, also nicht nur eine reine Umverteilung, sondern auch eine Erhöhung des Volkseinkommens eintrete, insbesondere über die Nachfrage nach Investitionsgütern. Dagegen spricht, daß das Syndikat — wegen der Absatzbeschränkung — weniger Vorprodukte und Arbeitskräfte nachfragt als bei freiem Wettbewerb⁹⁹. Das Syndikat kauft vermutlich andere Produkte als diejenigen, denen durch die Kartellpolitik Kaufkraft entzogen wird (es können z. B. unproduktive Investitionen durchgeführt werden, die bei freiem Wettbewerb unterblieben wären¹⁰⁰). Folglich ändert sich die Nachfragestruktur. Die Annahme, Syndikate schaffen zusätzliches Einkommen, der Ertragssteigerung der Kartellmitglieder entspreche eine gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung, ist daher unbegründet.

Die Einkommensverschiebung zugunsten des Syndikats ermöglicht eine zusätzliche Vermögensbildung, die selbst wiederum eine Quelle zusätzlichen Einkommens ist. Dadurch werden bestehende Ungleichgewichte in der Einkommens- und Vermögensverteilung weiter vertieft.

⁹⁷ Dieses Verhältnis erzwingt sonst der Wettbewerb, vgl. *Giersch*, Herbert: Aufgaben der Strukturpolitik, a.a.O., S. 68.

⁹⁸ Vgl. *Pfister*, Bernhard: Leistungswettbewerb und Monopolkontrolle, a.a.O., S. 558 f.

Da die Einkommensverschiebung über die Abschöpfung der Kaufkraft Dritter erreicht wird, kann die Deklassierung der Verteilungsfunktion des Wettbewerbs als „statisch“ und demgegenüber die besondere Betonung der „dynamischen“ Funktionen des Wettbewerbs (so *Kantzenbach*, Erich: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, a.a.O., S. 16 f.) unter dem Gesichtspunkt der Leistungsgerechtigkeit nicht befriedigen. Die Hoffnung, daß Preiserhöhungen irgendwann zu einer Beschleunigung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und dann auch der Allgemeinheit zugute kommen, erscheint, jedenfalls bei Kartellen, recht zweifelhaft und wenig begründet.

⁹⁹ *Fricke*, Werner, a.a.O., S. 20.

¹⁰⁰ Siehe S. 72 ff.

*d) Weiterwirkung des Preiseffekts
auf nachgelagerte Wirtschaftsstufen*

Die gesamtwirtschaftlich negativen Folgen einer monopolistischen Preispolitik wirken sich nicht nur unmittelbar auf dem syndizierten Markt aus. Kraft der Interdependenz aller Preise in einer Volkswirtschaft überträgt sich die Wettbewerbsverzerrung auch auf andere Märkte.

Syndikate finden sich vorzüglich in der Grundstoffindustrie, deren Produkte von zahlreichen Industriezweigen als Vorprodukte benötigt werden. Höhere Preise der Kartellware bedeuten für nachgelagerte Wirtschaftsstufen höhere Kosten. Dieser Gesichtspunkt verdient besondere Beachtung, wenn das Kartellprodukt für die weiterverarbeitende Industrie als Produktionsmittel ins Gewicht fällt und wenn die Preiselastizität der Nachfrage relativ gering ist, Substitutionsmöglichkeiten also nur in beschränktem Umfang bestehen. Die Kartellpolitik verursacht hier eine höhere Kostenstruktur, als sie dem jeweiligen technischen und wirtschaftlichen Stand der Volkswirtschaft entspricht. Da ein Unternehmen, dessen Angebot zur Befriedigung der Nachfrage notwendig ist, langfristig seine Selbstkosten einschließlich einem normalen Gewinn vom Markt vergütet bekommt, werden die durch die Syndikatspreise bedingten höheren Kosten im Verkaufspreis nachgelagerter Industriezweige entsprechend der Preiselastizität der Nachfrage weitergewälzt bis hin zum Letztverbraucher.

Wenn die weiterverarbeitende Stufe versucht, die Verteuerung des Vormaterials ihrerseits durch Kartellierung leichter auf ihre Abnehmer abzuwälzen, fördert die Preispolitik des Syndikats die Kartellwilligkeit der nachgelagerten Industrie¹⁰¹.

e) Das Argument der „Preisstabilisierung“

Das Argument der Preis- und Konjunkturstabilisierung, häufig zur Begründung für die volkswirtschaftliche Nützlichkeit von Kartellen herangezogen, vermag die negative Beurteilung der kollektiven Preispolitik nicht abzuschwächen.

Kennzeichnend für einen Oligopolmarkt ist eine relative Preisunbeweglichkeit und Preisgleichheit, die auf Preisführerschaft, stillen Absprachen, jedenfalls auf ein Verhalten zurückzuführen ist, das die — gerade hier immer latent vorhandene — Möglichkeit eines besonders

¹⁰¹ Vgl. Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 239.

intensiven Preiswettbewerbs vermeiden soll, vor allem, wenn Überkapazitäten auf den Markt drücken¹⁰².

Syndikate gehen einen Schritt weiter und schließen auch potentiellen Preiswettbewerb zwischen den Beteiligten mit Sicherheit für die Dauer der Vereinbarung aus. Von Preisstabilisierung kann dabei keine Rede sein. Stabile Preise sind die Folge konstanter Angebots- und Nachfragebedingungen. Die kollektive Preispolitik läßt vielmehr starre Preise erwarten, d. h. Preise, die im Zeitablauf auf Änderungen der Nachfrage- und/oder Angebotsbedingungen nicht reagieren, ihnen Widerstand entgegensetzen¹⁰³.

Machlup sieht den Grund für starre Kartellpreise in dem bürokratischen Apparat eines Kartells¹⁰⁴. Eine Preisänderung erfordert langwierige Verhandlungen, einen neuen Ausgleich der Einzelinteressen. Daher erscheint es wahrscheinlich, daß die Anpassung eines Kartellpreises schwerfälliger erfolgt und wesentlichere Änderungen der Angebots- und Nachfragestruktur voraussetzt, als dies ohne Wettbewerbsbeschränkung der Fall wäre¹⁰⁵. Daraus resultieren nicht stabile Preise als Folge unveränderter Marktbedingungen, sondern Preise, die zwar auch innerhalb eines bestimmten Zeitraumes konstant bleiben, die aber die Knappheitsverhältnisse nur verzerrt widerspiegeln.

Die These, Kartelle tragen zur Preisberuhigung bei, da sie „ruinöse Konkurrenz“ vermeiden, ist fragwürdig¹⁰⁶. Wird unter ruinösem Wettbewerb ein Verkauf unter Stückkosten verstanden, so ist dieser Prozeß volkswirtschaftlich erwünscht, wenn er von einem Unternehmen ausgelöst wird, das selbst leistungsfähiger ist und die entsprechenden Produkte mit geringeren Stückkosten herstellen kann. Die Ausschaltung dieser „Deroutierung des Marktes“ durch Kartellierung würde nur bedeuten, daß der Marktpreis statt von der Unternehmung mit den niedrigsten Kosten von den Anbietern mit höheren Kosten beeinflußt wird. Ist der Verkauf unter Selbstkosten nicht durch die größere Leistungsfähigkeit eines Unternehmens erzwungen, sondern Ausdruck einer machtpolitischen Auseinandersetzung, da das betreffende Unternehmen selbst kurzfristig unter Selbstkosten anbietet mit dem Ziel, seine Mitbewerber vom Markt zu verdrängen oder aufzukaufen, so sind

¹⁰² Vgl. Krelle, Wilhelm: Preistheorie, a.a.O., S. 265 f.; Schulz, Karl-Ernst, a.a.O., S. 148 f.

¹⁰³ Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 447/449 f.

¹⁰⁴ Ebd., S. 453 ff.

¹⁰⁵ Krelle, Wilhelm: Kartelle und Preisflexibilität, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 95. Jg., Bern 1959, S. 212 f.

¹⁰⁶ z. B. bezeichnet es Sölter als wesentlichstes Ziel eines „traditionellen“ Kartells, „destruktiven Wettbewerb“ zu vermeiden, in: WRP 1965, 72.

zur Vermeidung solcher Monopolpraktiken nicht Kartelle berufen, sondern gesetzliche und administrative Maßnahmen erforderlich.

Mit dem Argument der Preisstabilisierung ist jenes der Konjunktur- stabilisierung eng verbunden¹⁰⁷. Im konjunkturellen Abschwung verschärfe die Preisunterbietung bei unbeschränkter Konkurrenz das Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage, eine Kartellierung halte den Preisverfall auf, wirke also antizyklisch (Kartelle als „Kinder der Not“). Diese Behauptung wäre begründet, wenn Kartelle einen weiteren Rückgang der effektiven Nachfrage verhindern und dadurch der gesamtwirtschaftliche Beschäftigungsgrad weniger abnimmt als ohne Wettbewerbsbeschränkung.

Wahrscheinlich sinken in Rezessions- und Depressionszeiten Kartellpreise weniger als Wettbewerbspreise. Denn Preissenkungen bergen — bei unterschiedlichen Kosten der Kartellmitglieder — die Gefahr in sich, daß Interessengegensätze innerhalb des Kartells evident werden und nicht mehr zu überbrücken sind. Heuss ist der Ansicht, daß aus diesem Grunde der Elastizitätspessimismus zwangsläufig zur Lebensphilosophie des Kartells werde¹⁰⁸. Dann aber wird der Absatz stärker zurückgehen¹⁰⁹. Ein gleichzeitiges Einfrieren von Preisen und Mengen ist nicht möglich. Kann ein Teil der Nachfrage auf Substitutionsgüter ausweichen, dann sinken hier Absatz und Preise weniger stark. Das aber bedeutet nur eine Umstrukturierung der Nachfrage, eine Änderung in ihrer Zusammensetzung. Die Wirkung auf die Höhe der effektiven Nachfrage, der Gesamterzeugung und der Beschäftigung bleibt noch völlig offen.

Andererseits erzwingt der stärkere Absatzrückgang bei weniger niedrigem Preisniveau geringere Produktionsmengen. Der im Vergleich zu Wettbewerbsbedingungen größere Produktionsrückgang läßt höhere Arbeitsentlassungen, geringere Nachfrage von seiten der Kartellmitglieder unvermeidlich erscheinen. Dann aber können relativ starre Kartellpreise während einer Depression eine stärkere Abnahme der effektiven Nachfrage und der Gesamtbeschäftigung als bei unbeschränkter Konkurrenz verursachen und damit gesamtwirtschaftlich zur Verschärfung des Konjunkturverlaufs beitragen¹¹⁰.

¹⁰⁷ Siehe zum folgenden Lutz, Friedrich A.: Bemerkungen zum Monopolproblem, a.a.O., S. 35 ff.

¹⁰⁸ Heuss, Ernst: Das Kartell, a.a.O., S. 151.

¹⁰⁹ Kühne führt als Beweis die Depression der dreißiger Jahre an. Die monopolistisch bzw. kartellmäßig gebundene Industrie zeige einen größeren mengenmäßigen Rückgang bei weniger gesunkenem Preisniveau als die übrige Wirtschaft, in: Funktionsfähige Konkurrenz, a.a.O., S. 223.

¹¹⁰ Ähnlich auch Kühne, Karl, a.a.O., S. 232; Schlegel, Jörg: WuW 1968, 181.

Trotzdem können Kartelle in Depressionszeiten, sofern nicht die gesamte Wirtschaft kartelliert bzw. monopolisiert ist, auf Kosten der Verbraucher und der nicht kartellierten Wirtschaft ihre Verluste in engerem Rahmen halten, und es ist durchaus möglich, daß sie noch Gewinne erzielen. Diese werden vermutlich nur die Liquidität erhöhen, da wegen der Erwartung weiter sinkender Nachfrage und geringerer Kapazitätsauslastung Neuinvestitionen und Ersatzinvestitionen unterbleiben. Die unbestrittenen Vorteile von Kartellen für die Kartellmitglieder lassen sich auch oder gerade in der Phase konjunkturellen Abschwungs nachweisen, nicht aber deren Nützlichkeit für die Allgemeinheit.

Einen weiteren grundsätzlichen Einwand gegen Kartellierung bei Absatzkrisen macht der Wissenschaftliche Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium geltend: Wettbewerbsbeschränkungen bei Absatzkrisen, aber die Inanspruchnahme der Chancen wirtschaftlicher Freiheit in Zeiten guten Geschäftsganges würden die Rechtfertigung der unternehmerischen Dispositionsbefugnisse als konstitutives Element der Gesellschaftsordnung und der Gewinne als Wagnisentgelt aufheben¹¹¹.

f) Verlagerung auf Qualitätswettbewerb

Die These, der Ausschluß des Preiswettbewerbs intensiviere einen Qualitätswettbewerb, ist sehr fragwürdig.

Wie schon festgestellt¹¹², setzt eine Syndizierung standardisierte, relativ homogene Produkte voraus. Schon aus diesem Grunde ist ein interner Qualitätswettbewerb zwischen den Kartellmitgliedern weitgehend ausgeschlossen. Das einzelne Unternehmen tritt nicht am Markt auf, konkurriert also auch nicht hinsichtlich der Qualität. Vielmehr wird in der Regel eine bestimmte Qualitätsnorm vereinbart, die das Syndikat überwacht, wobei auch hier — ähnlich wie bei den Kosten — die Frage auftaucht, welche Qualität bestimmend sein soll.

Ein intensiver Qualitätswettbewerb läßt sich mit der Existenz eines Syndikats nicht vereinbaren. Die Funktionsfähigkeit eines Syndikats erfordert weitgehend gleiche Produktqualitäten, da sonst über einen Qualitätswettbewerb Preis- und Quotenvereinbarungen zusammenbrechen. Denn ein Qualitätswettbewerb würde bedeuten, daß das einzelne Kartellmitglied aufgrund seiner besseren Qualität Preis- und/oder Quotenänderungen zu erreichen trachtet, was die Syndikatspolitik doch gerade ausschließen will.

¹¹¹ Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 9.

¹¹² Siehe S. 41.

Die einheitliche Qualität ist also notwendig, um die Preis- und Auftragslenkung des Syndikats zu garantieren. Das Syndikat wird nicht auf einen Wettbewerb hinsichtlich der Qualität, sondern auf eine Nivellierung der Qualitätsunterschiede hinzielen, einheitliche Qualitätsvorschriften erlassen und kontrollieren, zum Teil auch gemeinsame Gütezeichen einführen¹¹³, um die relative Produkthomogenität noch zu intensivieren, insbesondere, um zu verhindern, daß von der Nachfrage-seite her das Kartell torpediert wird (Wegfall von Präferenzen hinsichtlich der Qualität)¹¹⁴.

3. Absatz und Produktion

a) Der gesamtwirtschaftliche Restriktionseffekt

Preis- und Mengenpolitik sind eng miteinander verknüpft. Wenn das Syndikat den Aktionsparameter Preis fixiert, muß es sich mit der Absatzmenge anpassen.

Folge der monopolistischen Preispolitik ist — bei normaler Reaktion der Nachfrage — eine Absatzbeschränkung. Im Verhältnis zur Nachfrage ist dann das Angebot zu klein, aber nicht wegen zu geringer Produktionskapazität, sondern wegen der monopolistischen Verhaltensweise des Syndikats. Heuss bezeichnet dies als „marktfornbedingte Verknappung des Angebots“ im Gegensatz zur kapazitätsbedingten Angebotsverknappung¹¹⁵. Es kann sich zwar innerhalb des Syndikats ein partielles Gleichgewicht einspielen; das Gleichgewicht der Volkswirtschaft bzw. eine tendenzielle Entwicklung in Richtung auf ein Gleichgewicht wird jedoch gestört¹¹⁶.

Das Syndikat produziert also weniger als ohne Wettbewerbsbeschränkung. Infolgedessen benötigt es auch weniger Produktionsfaktoren. Da nicht unterstellt werden kann, daß in anderen Wirtschaftszweigen Absatz, Produktion und Nachfrage nach Produktionsfaktoren in entsprechendem Umfang steigen, ist die Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Diensten geringer als unter Wettbewerbsbedingungen.

¹¹³ z.B. die einheitlichen Warenzeichen „Thomasphosphat Sternmarke“ und „Thomaskali“ des Thomasphosphatsyndikats; WuW 1958, 530.

¹¹⁴ Vgl. auch *Eckstein*, Wolfram: Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, Köln, Berlin, Bonn, München 1966, S. 135; *Fricke*, Werner, a.a.O., S. 34.

¹¹⁵ *Heuss*, Ernst: Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 121.

¹¹⁶ Vgl. *Eucken*, Walter: Wettbewerb, Monopol und Unternehmer, Bad Nauheim 1953, S. 14.

b) *Der kartellinterne Aspekt*

aa) Ohne vertragliche Absatzregelung

Zur Ausnützung des preispolitischen Spielraums ist die Aufgabe der unternehmenseigenen Vertriebsorganisation und die Gründung der gemeinsamen Vertriebsgesellschaft erforderlich. Vor allem aber dient die ausschließliche Andienungspflicht der Stützung des Preiskartells¹¹⁷. Nur auf diese Weise erscheint es wahrscheinlich, daß Umgehungen der offiziellen Kartellpolitik durch einzelne Mitglieder ausgeschlossen sind.

Auch ohne echte Quotenregelung wird der Absatzanteil des einzelnen Kartellmitglieds ganz wesentlich durch das Syndikat bestimmt. Die gesamten Absatzvorgänge spielen sich in der Regel über die gemeinsame Verkaufsgesellschaft ab. Das einzelne Mitglied hat jegliche eigene Verkaufsanstrengungen zu unterlassen. Es hat keine Fühlung mit dem Absatzmarkt. Daran ändert sich auch nichts Wesentliches, wenn die Verkaufsgesellschaft Lieferverträge im Namen und für Rechnung des liefernden Unternehmens abschließt. Damit ist zwar juristisch das liefernde Unternehmen Vertragspartner des betreffenden Abnehmers, wirtschaftlich ist dieser Regelung höchstens bei Auflösung des Syndikats gewisse Bedeutung beizumessen, wenn dadurch die Firma des einzelnen Unternehmens am Markt noch bekannt ist.

Bei gegebenem Kartellabkommen ist für das einzelne Kartellmitglied der Preis ein Datum. Die individuelle Preis-Absatzfunktion eines „gehorsamen“ Mitglieds ist eine Gerade, die bis zu der unter den gegebenen Bedingungen als maximal anzusehenden Absatzmenge verläuft¹¹⁸.

Langfristig wird jedoch eine Preisabrede ohne feste Mengenzuteilung nicht durchführbar sein¹¹⁹. Denn zu einer unbeschränkten Abnahme der Produktion ist das Syndikat nicht in der Lage, wenn der Kartellpreis über dem Wettbewerbspreis liegt, die Preiserhöhung — bei elastischer Nachfrage — zu einem Nachfragerückgang führt und damit das Angebot — als Folge der Preispolitik des Syndikats — größer ist als die Nachfrage. Die Andienungspflicht reicht dann zur Stützung des Preiskartells nicht aus. Das Syndikat muß daher die Funktion der

¹¹⁷ Diese Auffassung wird in den oben zitierten Angaben von Vertretern der westfälischen Zementindustrie indirekt bestätigt: Die Kooperation im Verkauf ohne die frühere Andienungspflicht habe nicht den massiven Preisverfall verhindern können; FAZ vom 14. 12. 68, S. 19; vgl. auch *Eckstein, Wolfram*, a.a.O., S. 151.

¹¹⁸ *Machlup, Fritz*: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 466.

¹¹⁹ So auch *Kühne, Karl*, a.a.O., S. 181.

Absatzlenkung und — zumindest mittelbar — auch der Produktionslenkung übernehmen¹²⁰.

Das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung kann als Indiz gewertet werden, welchen Widerstand der Markt der Preispolitik des Syndikats entgegensetzt. Es mag sein, daß die Andienungspflicht genügt, um eine Umgehung des Kartellpreises auszuschließen. Dann sind unmittelbare Quotenvereinbarungen nicht notwendig. Wenn aber der Nachfragerückgang, den die im Vergleich zu Wettbewerbsbedingungen überhöhten Syndikatspreise auslösen, bei den Kartellmitgliedern unausgenutzte Kapazitäten hervorruft, dann ist die vorhandene Gesamtkapazität des Syndikats im Verhältnis zur Nachfrage zu groß¹²¹. Überkapazitäten schaffen einen Anreiz zur Preissenkung, die — bei elastischer Nachfrage — über eine Ausdehnung der Absatzmenge, also einer besseren Auslastung der Kapazität, zu niedrigeren Stückkosten beiträgt. In diesem Fall sind Quotenvereinbarungen, die den Absatz des einzelnen in Relation zum Gesamtabatz des Syndikats festlegen, unausweichlich, um eine Unterbietung des Kartellpreises zu verhindern.

Um die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Absatzorganisation und der Preispolitik zu gewährleisten, ist daher eine entsprechende Zuteilung der Absatzmengen auf das einzelne Unternehmen in der Regel unentbehrlich, d. h. Andienungspflicht wie auch Quotenvereinbarung sollen die Preispolitik des Syndikats stützen¹²² (bzw. die Absatzbeschränkung garantieren, wenn statt einer Preisvereinbarung die Absatzmenge fixiert wird).

bb) Bei Quotenvereinbarung

Grundlage für die Bemessung der Mengenzuteilung sind im allgemeinen die Kapazität, die Produktion oder der Absatz der einzelnen Syndikatsmitglieder während eines bestimmten Zeitraumes. Die Fixierung der Absatzanteile kann mehr oder weniger fest reglementiert werden, indem Richtwerte, Planziffern, elastische oder starre Quoten vereinbart werden.

Die Festlegung der Quoten kann auf verschiedenen Wegen durchgeführt werden¹²³: 1. Zuteilung nach der Anzahl der Mitglieder: Diese

¹²⁰ Was fast regelmäßig bei einem Erlaubnis-antrag als Rationalisierungsmaßnahme im Sinne von § 5 Abs. 2 angeführt wird; siehe Teil D.

¹²¹ *Lenel* ist der Ansicht, daß ein Syndikat nicht erforderlich ist, wenn die angestrebte Preispolitik auch eine optimale Auslastung der Kapazitäten gewährleistet (Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 235).

¹²² Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 78 f.

¹²³ Siehe dazu *Knoth*, Joachim: Preispolitik des Syndikats, Diss., Mainz 1964, S. 13 ff.

Fixierung des Absatzanteils des einzelnen am Gesamtabsatz des Syndikats ist nur durchführbar bei ungefähr gleich großen Kapazitäten.

2. Zuteilung der Absatzmengen im Verhältnis der Kapazitäten: Ebenso wie bei der Zuteilung entsprechend der Anzahl der Mitglieder wirken sich Schwankungen des Beschäftigungsgrades durch Zu- oder Abnahme des Gesamtabsatzes des Syndikats bei jedem Unternehmen in gleicher Weise auf den Ausnutzungsgrad seiner Kapazität aus.

3. Zuteilung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Kosten: Ziel dieses Quotensystems ist eine Kostensenkung. Zunächst wird der am kostengünstigsten produzierende Betrieb vollbeschäftigt, dann der nächst günstigere usw. In der Praxis wird dieses System nicht angewendet¹²⁴.

Der Anteil des einzelnen Mitglieds wird meist prozentual, seltener in absoluten Mengen- oder Wertzahlen festgelegt. Sind die Quoten in dieser Weise bestimmt, beinhalten sie, jedenfalls für die Zeit ihrer Gültigkeit, eine Zementierung des status quo, eine Erstarrung der Marktanteile der einzelnen Syndikatsmitglieder. Der Absatz jedes beteiligten Unternehmens wird an die Entwicklung des Gesamtabsatzes des Syndikats gebunden, unabhängig von der eigenen Leistungsfähigkeit. Mayer spricht von einer „ideellen Marktspaltung“, die den Beteiligten einen bestimmten Marktanteil garantieren soll¹²⁵.

Die Quotenvereinbarung funktioniert „vollkommen“, wenn sie von einem Prämien- und Strafensystem ergänzt wird, das Über- und Unterschreitungen der Quote kompensiert. Der Ausgleich kann in verschiedener Weise durchgeführt werden¹²⁶: bei homogenen Produkten durch Naturaltausch, d. h. das zuviel liefernde Kartellmitglied muß von anderen, die weniger verkauft haben, als es ihnen ihrer Quote nach zusteht, eine seiner Quotenüberschreitung entsprechende Produktmenge abnehmen. Eine weitere Möglichkeit bietet der finanzielle Ausgleich. Hier muß das seine Quote überschreitende Unternehmen einen entsprechenden Geldbetrag an das Syndikat zahlen, das seiner Quote nach zu wenig liefernde Mitglied erhält eine Geldprämie. Mehr- und Minderlieferungen können auch durch Vortrag auf die Quote des nächsten Jahres angerechnet werden. Weiter kann vereinbart werden, daß die Kartellfirmen an das Syndikat zu Verrechnungspreisen liefern

¹²⁴ Siehe dazu S. 67 f.

¹²⁵ Mayer, Leopold, a.a.O., S. 223.

In WuW/E BKartA 732 (735) „Superphosphat II“ weist das Bundeskartellamt darauf hin, daß die Quotenvereinbarung das Risiko vermindere; kein Kartellmitglied könne einem anderen den quotengesicherten Auftrag durch Wettbewerbshandlungen entziehen.

¹²⁶ Vgl. zur Technik der Ausgleichssysteme: Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 468 ff.; Mayer, Leopold, a.a.O., S. 241 ff.

und dieses Gewinne oder Verluste auf die Mitglieder im Verhältnis ihrer Quoten verteilt.

Im Kartellvertrag der „Gemeinschaft Deutscher Kalierzeuger“ sind z. B. Lieferanteile, berechnet nach dem K_2O -Gehalt, in Prozent des Gesamtabsatzes und ein Ausgleich der Mehr- und Minderlieferungen festgelegt¹²⁷. Der vom Bundeskartellamt abgelehnte Erlaubnisantrag der „Superphosphat-Industrie-Gemeinschaft“ sah eine Quotenvereinbarung und einen Lieferausgleich im nächsten Geschäftsjahr vor¹²⁸. Zum Zeitpunkt des Antrags betrug die durchschnittliche Kapazitätsausnutzung 50 % (Altkartell), während die westfälischen Zementwerke die Wirksamkeit der Quotenvereinbarung mit einem geldlichen Ausgleich der Mehr- und Minderlieferungen zu erreichen versuchten, ebenfalls bei beträchtlichen Überkapazitäten¹²⁹.

Bei gegebenem Kartellverhalten beschränken Quotensysteme mittelbar die Produktion. Das wird besonders deutlich bei der Verbindung von Quoten- und Ausgleichssystem¹³⁰. Denn ein funktionierendes Ausgleichssystem beseitigt bei dem betreffenden Kartellmitglied den Erlöszuwachs, der aus Mehrlieferungen, die die Quote überschreiten, resultiert. Wettbewerbsbestrebungen zwischen den Kartellmitgliedern, die ihren Absatz — unabhängig von der Entwicklung des Gesamtabsatzes des Kartells — zu erhöhen trachten, werden dadurch wirkungsvoll gebremst oder unterbunden.

Die für ein Syndikat typische Verbindung von Preis- und Quotenkartell schaltet bei gegebenem Kartellverhalten den Wettbewerb zwischen den Beteiligten völlig aus¹³¹.

4. Syndikat und Beschaffungsmarkt

Wahrscheinlich wird die Marktmacht eines Verkaufskartells nicht nur auf dem Absatzmarkt wirksam, sondern ebenfalls auf dem Beschaffungsmarkt, auch wenn diese Auswirkungen nicht kartellrechtlich faßbar sein sollten.

¹²⁷ WuW/E BKartA 104 (105) „Kalisyndikat“ und WuW 1958, 451.

¹²⁸ WuW/E BKartA 434 (436 f.) „Superphosphat“.

¹²⁹ WuW/E BKartA 549 f. „Westfälische Zementwerke I“. Bei 5 Werken liege die Kapazitätsausnutzung zwischen 45 und 55 % (WuW/E BKartA 1131 [1135] „Westfälische Zementwerke II“).

Weniger starre Regelung z. B. WuW/E BKartA 224 (225 f.) „Niedersächsische Kalkwerke“; hier werden jährlich Lieferrichtwerte ohne Lieferausgleich aufgestellt (WuW 1960, 31).

¹³⁰ Und ein Ausgleichssystem muß neben die Quotenvereinbarung treten, wenn sich Quotenüber- und unterschreitungen häufen.

¹³¹ Nur die Unvollkommenheit der inneren Organisation verhindere, daß die Möglichkeiten der Marktausbeutung in gleicher Weise genutzt werden wie bei einem echten Monopol; so Kantzenbach, Erich: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, a.a.O., S. 110.

Tritt das Syndikat als Einkäufer auf dem Beschaffungsmarkt auf, so ist es denkbar, daß es hier eine monopsonistische Marktstellung erringt und seine Kosten dadurch senken kann, daß die Erträge in den betreffenden Wirtschaftszweigen in entsprechendem Umfang abnehmen. Das kann auf dem Beschaffungsmarkt restriktive Tendenzen auslösen¹³².

Bestehen keinerlei vertragliche Vereinbarungen über einen gemeinsamen Einkauf und tritt jedes Kartellmitglied allein als Nachfrager nach Produktionsmitteln auf, läßt sich auch hier nicht ausschließen, daß die Marktmacht, die das Syndikat verkörpert, nicht ohne Einfluß bleibt und dem einzelnen Kartellmitglied Marktbedingungen ermöglicht, die ohne Mitgliedschaft in einem Verkaufskartell nicht erreichbar wären.

Das gilt nicht nur für den Beschaffungsmarkt. So können z. B. die Fremdfinanzierungsmöglichkeiten erleichtert und erweitert werden, wie sich die deutschen Banken in der Vergangenheit überhaupt recht kartellfreundlich gezeigt haben.

Allgemein läßt sich feststellen, daß ein Verkaufssyndikat nicht nur isoliert auf dem Absatzmarkt Veränderungen hervorruft, sondern in allen Bereichen des Wirtschaftens sich gegenüber anderen Wettbewerbsvorteile verschafft, die nicht in besserer Leistungsfähigkeit, sondern nur in größerer Marktmacht begründet sind.

5. Syndikat und offene Märkte (potentieller Wettbewerb)

Neben den grundsätzlich bestehenden wirtschaftlichen und technischen Schwierigkeiten, wie z. B. Ungewißheit, Unteilbarkeit der Produktionsfaktoren, Kapitalbedarf, die von einem neu auftretenden Unternehmer, der in einer bestimmten Branche Fuß fassen will, überwunden werden müssen, kommen auf einem syndizierten Markt zusätzliche Hindernisse hinzu¹³³.

Ein Syndikat kann langfristig nur bestehen, wenn der potentielle Wettbewerb unwirksam bleibt — wie es trotz höheren Gewinnniveaus durch Kartellierung bei unausgenutzten Kapazitäten innerhalb der gesamten Branche möglich ist¹³⁴ — oder wirksam beschränkt wird¹³⁵ (Marktschließungseffekt). Der Druck potentiellen Wettbewerbs würde dem Restriktionseffekt des Syndikats entgegenwirken, die monopolisti-

¹³² Siehe auch Kühne, Karl, a.a.O., S. 172.

¹³³ Siehe zum Problem Kartell und offene Märkte insbesondere die Darstellung bei Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 502 ff.

¹³⁴ Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 505 ff.

¹³⁵ Ebd., S. 502 ff.

sche Marktstellung gefährden¹³⁶. Denn freier Zutritt zur Branche führt bei entsprechenden Gewinnen innerhalb eines Industriezweiges zum Auftreten neuer Unternehmer, da Neuinvestitionen aussichtsreich erscheinen. Tendenziell sinken dann die Gewinne, da ein größeres Angebot zu niedrigeren Preisen auf den Markt drängt. Ein potentieller Wettbewerber wäre in der Lage, wenn er zu gleichen Kosten wie das Syndikat produzieren könnte, die Kartellpolitik — höhere Preise mit der Folge einer Absatzbeschränkung — wirksam zu durchkreuzen, da die Absatzbeschränkung eine künstliche, nämlich monopolistische ist und bei niedrigerem Preis eine Absatzausweitung möglich ist. Und gerade bei neu in den Markt eindringenden Unternehmen ist die Wahrscheinlichkeit groß, daß sie durch Unterbietung der bestehenden Preise versuchen, die Marktschranken zu übersteigen. Oder der newcomer könnte sich dem Kartellpreis anpassen, ohne an den Kosten der Kartellierung beteiligt zu sein und ohne seine Ausbringungsmenge beschränken zu müssen, da er ja nicht an eine Quotenvereinbarung gebunden ist, und so im Schatten der Kartellpolitik seinen Marktanteil auf Kosten des Syndikats erhöhen¹³⁷.

Neue Außenseiter könnten also die Vorteile, die sich für sie aus der Preispolitik des Syndikats ergeben, ausnutzen, so daß das Kartell zusammenbrechen würde.

Eine Abwehrmöglichkeit liegt in der Integration des neu auftretenden Unternehmens in das Syndikat. Da das aber neue Verhandlungen erfordert, erlangte Privilegien wieder in Frage stellt und die Kooperationswilligkeit des newcomer voraussetzt, wird das Kartell viel eher danach trachten, potentielle Wettbewerber überhaupt erst nicht entstehen zu lassen¹³⁸.

Aufgrund seiner Marktmacht kann es zahlreiche Abwehrmaßnahmen ergreifen: Treuerabatte, Beschränkung des Zugangs zum Absatz- und Beschaffungsmarkt, Androhung von Preiskämpfen, höhere Eintrittskosten als unter Wettbewerbsbedingungen. Die Maßnahmen des äußeren Organisationszwangs, die sowohl gegen Außenseiter als auch potentielle Wettbewerber wirkungsvoll eingesetzt werden können¹³⁹, sind nur schwer oder überhaupt nicht rechtlich zu erfassen (etwa über § 11 Abs. 5 Ziff. 2 oder § 26 Abs. 2). Während z. B. Preiskämpfe, die gezielt gegen einen bestimmten Außenseiter gerichtet sind, vielleicht noch als Mißbrauch der Freistellung von § 1 (§ 11 Abs. 5 Ziff. 2) nachweisbar

¹³⁶ So z. B. Giersch, Herbert: Aufgaben der Strukturpolitik, a.a.O., S. 65 f.

¹³⁷ Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 511.

¹³⁸ Röper, Burkhardt: Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen, Berlin 1952, S. 200.

¹³⁹ Natürlich auch gegen Abnehmer und Lieferanten; in diesem Zusammenhang interessieren aber nur Maßnahmen gegen potentielle Wettbewerber.

sind, läßt sich vermutlich einer allgemeinen Preissenkung nicht bekommen, die das Ziel verfolgt, einem potentiellen Wettbewerber unmißverständlich die Kampfbereitschaft des Syndikats klarzumachen¹⁴⁰. Eine solche Preissenkung dient dazu, Konkurrenz nicht entstehen zu lassen. Bei erfolgreicher Aktion können dann die Preise wieder erhöht werden. Nach außen läßt sich eine Preissenkung als Mittel machtpolitischer Auseinandersetzung von einer wettbewerbskonformen Preissenkung wohl nicht unterscheiden¹⁴¹.

Es mag auch durchaus die Androhung von Preiskämpfen genügen, um einen potentiellen Wettbewerber davon abzuhalten, tatsächlich auf dem syndizierten Markt anzubieten. Ebenso können Treuerabatte, die den Abnehmern des Syndikats gewährt werden und mit der Absatzmenge oder dem Umsatzwert steigen, genauso wie Bezugsvorteile des Syndikats, die mögliche Kostenersparnisse der Lieferanten übersteigen, die Schwierigkeiten eines Markteintritts erheblich vergrößern.

Diese Wirkung wird durch die Integration von Wirtschaftseinheiten der vor- oder nachgelagerten Stufe noch verstärkt, wenn der Zugang zu Produktionsmitteln oder zu den Absatzwegen wesentlich erschwert wird. Bei Verkaufssyndikaten sind besonders die teilweise oder vollständige Übernahme von Handelsfunktionen, Beteiligungen an Großhandelsunternehmen oder rein faktische Verhältnisse, die den Handel tatsächlich fest an das Syndikat binden, zu beobachten. Wenn das Kartell den selbständigen Handel mehr oder weniger vollständig ausschaltet, sind die Marktschranken für einen Neukonkurrenten praktisch unüberwindlich¹⁴². Gerade organisatorische Maßnahmen im Vertriebsbereich können den Zugang zum Markt wirksam beschränken, da sie geeignet sind, die Mindestgröße eines rationell arbeitenden Betriebes über das technisch erforderliche Maß zu erhöhen¹⁴³.

In diesem Zusammenhang sind auch die Werbungskosten zu berücksichtigen¹⁴⁴. Wenn die Preis- und Qualitätspolitik der individuellen

¹⁴⁰ Vgl. z. B. die Preisaktionen der Walzstahlkontore 1968 auf dem Markt für Betonstahl, die sich gegen den (bestehenden) Außenseiter Korf richteten (FAZ vom 30. 11. 68, S. 17 und *Fack*, Fritz Ullrich: Macht und Mitbestimmung, FAZ vom 31. 12. 68, S. 1; SZ vom 12. 6. 69, S. 19).

¹⁴¹ So auch Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 166 f.

¹⁴² Der Markt sei dann schon rein institutionell für einen Neuankömmling verschlossen; so *Heuss*, Ernst: Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 48, Berlin 1968, S. 62; vgl. auch *Lenel*, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 260 ff./266 ff.

¹⁴³ *Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 504.

¹⁴⁴ Vgl. zum Problem Werbung und Zugang zum Markt *Lenel*, Hans Otto: Wachstum der Wirtschaft und Wachstum der Unternehmungen, in: *Ordo* XV/XVI, 1965, S. 158 f.

Entscheidung des einzelnen Syndikatsmitglieds entzogen ist, besteht kein Interesse an einer eigenen Werbung, so daß die Syndikatsleitung auch die Werbung für den Gesamtabatz der Gruppe übernimmt. Dann aber ist es möglich, daß der Werbungsaufwand, den ein Neuankömmling finanzieren müßte, um am Markt Aufmerksamkeit zu erzielen und genügend bekannt zu werden, wesentlich höher ist, als er es ohne Syndikat wäre, so daß der Eintritt in die Branche nicht lohnend erscheint.

Allerdings wird ein Syndikat auch in gewissem Umfang die Signalwirkung hoher Gewinne auf andere Weise einzuschränken versuchen: entweder durch Verschleierung des Gewinnniveaus, soweit dies entsprechend der Unternehmungsform mit dem Gesetz vereinbar ist, oder durch eine Gewinnpolitik, die kurzfristig mögliche Gewinne zugunsten einer langfristigen Stabilität mit niedrigeren Gewinnen nicht voll ausschöpft¹⁴⁵. Die letzere Präventivmaßnahme mildert insoweit den Restriktionseffekt der Kartellpolitik¹⁴⁶.

Die Gefahr, daß Syndikate den Zugang zum Markt beschränken oder gar schließen, zumindest das Risiko eines Neueintritts über das übliche Maß hinaus erhöhen, ist also nicht von der Hand zu weisen. Damit wird versucht, das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht wirksam werden zu lassen¹⁴⁷. Dieser Gesichtspunkt ist von besonderer Bedeutung. Denn ein wirksam beschränkter Zugang zum Markt sichert auch langfristig den Wettbewerbsausschluß zwischen den Kartellmitgliedern, während ein offener Markt eine wesentliche Bedingung für den ständigen Wandel, die Dynamik des Wettbewerbs ist. Kann sich die Kontrollfunktion des Syndikats auch auf den Zugang zum Markt erstrecken, dann werden neue Anbieter, die billiger oder besser produzieren könnten und neue Ideen verwirklichen würden, vom Markt ferngehalten oder zumindest behindert. Als Folge der Kartellpolitik müssen nun auch langfristig erstarrte Marktverhältnisse eintreten, verringerte Anpassungsfähigkeit und -willigkeit, verminderte Leistungsfähigkeit, da der Druck des potentiellen Wettbewerbs zu Kostensenkungen fehlt oder sich nur verzögert durchsetzt.

6. Wirtschaftlicher Fortschritt und Investitionspolitik

Die volkswirtschaftlich unerwünschten Wirkungen einer Syndizierung erschöpfen sich nicht nur in den bisher aufgezeigten Nachteilen. Die

¹⁴⁵ *Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 519 ff.

¹⁴⁶ Dabei muß man beachten, daß ein lediglich wohlwollendes Verhalten bzw. hier ein im eigenen Interesse weitsichtiges Verhalten in keiner Weise die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs garantiert (vgl. *Kühne*, Karl, a.a.O., S. 249).

¹⁴⁷ *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Der Bericht der englischen Monopolkommission, a.a.O., S. 272.

Restriktionspolitik des Syndikats gefährdet auch den technisch und wirtschaftlich möglichen Fortschritt, der nicht in dem Umfang realisiert wird, wie es unter dem Druck des freien Wettbewerbs der Fall wäre.

a) Syndikat und Kosten

Ein Syndikat verursacht ein überhöhtes Kostenniveau. Einerseits entstehen zusätzliche Kosten, die mit der Existenz eines Syndikats verbunden oder Folge der Preis- und Gewinnpolitik sind; andererseits werden mögliche Kostensenkungen nicht durchgeführt oder verhindert.

Zunächst bestimmt der Grad des Bürokratismus, der sich in einem Syndikat entwickeln kann, den Umfang zusätzlicher Kosten. Entsteht mit Aufbau der gemeinsamen Verkaufsgesellschaft und Durchführung des Kartellvertrages ein Übermaß an Bürokratie, ein schwerfälliger Verwaltungsapparat, dann werden die allgemeinen Verwaltungskosten nicht unerheblich über denen bei unbeschränktem Wettbewerb liegen.

Auch die durch die Preispolitik bedingte Absatzbeschränkung führt zu einer Kostenerhöhung. Niedrigere Absatzmengen bei gegebener Kapazität bedeuten *ceteris paribus* höhere Stückkosten. Es bildet sich ein „denaturierter Wettbewerbsmechanismus“ heraus; tendenziell nähern sich die Kosten den Preisen¹⁴⁸. Diese Wirkung verstärkt sich, wenn der Zugang zum Markt nicht vollständig geschlossen ist, neue Konkurrenten aber zum Beitritt in das Kartell gebracht werden, und dann — bei unveränderter Preispolitik des Syndikats — zu weiterer Überkapazität und steigenden Durchschnittskosten beitragen¹⁴⁹, da die Erhaltungspolitik des Syndikats verhindert, daß die neu hinzugekommene Kapazität durch das Ausscheiden bestehender Grenzbetriebe kompensiert wird¹⁵⁰.

Der Gesamtkostenverlauf des Syndikats, der von den Kosten der einzelnen Unternehmen abhängt, wird darüber hinaus wesentlich von der Regelung der Auftragsverteilung bestimmt. Sie ist neben den übrigen Kostendeterminanten ein Bestimmungsfaktor institutioneller Art¹⁵¹ und schränkt die Möglichkeit, eine bestimmte Produktmenge zu minimalen Kosten herzustellen, durch die vertraglichen Vereinbarungen

¹⁴⁸ Meyer, Fritz: Warum feste Preise für Markenartikel? *Ordo* VI, 1954, S. 154; diese Ausführungen beziehen sich bei Meyer auf die Preisbindung der 2. Hand.

¹⁴⁹ Vgl. Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 512.

¹⁵⁰ Die Übersetzung der Branche wecke bei den etablierten Firmen dann wieder den Wunsch nach Marktschließung, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 101.

¹⁵¹ Knoth, Joachim, a.a.O., S. 19.

erheblich ein. Bei fester Quotenzuteilung entfällt der Druck des Wettbewerbs auf die Kosten, der von dem Unternehmen mit den niedrigsten Herstellkosten ausgeht. Für die Dauer der Vereinbarung ist der Anteil des einzelnen am Gesamtabsatz des Syndikats ein Datum. Nachfragebedingte Schwankungen wirken sich bei allen Beteiligten in gleicher Weise aus, ohne Berücksichtigung ihrer Kostensituation und ihrer Kapazitätsauslastung, also ihrer unterschiedlichen Leistungsfähigkeit. Je mehr die Stückkosten der einzelnen Unternehmen differieren, um so größer wird *ceteris paribus* der Kostenunterschied zwischen dieser Art der Auftragsverteilung und einer theoretisch möglichen Verwirklichung der Minimalkostenkombination¹⁵².

Beruhend Quotenüber- bzw. -unterschreitungen auf unterschiedlicher Leistungsfähigkeit, dann wird, wenn neben die Quotenvereinbarung ein Ausgleichssystem tritt, das kostengünstiger produzierende Unternehmen in Form des Erlösausgleichs betrifft, das mit höheren Kosten arbeitende Unternehmen erhält eine Prämie für geringere Leistungsfähigkeit. Die Quotenregelung verhindert damit das Ausscheiden unrationell arbeitender Betriebe und — bei Absatzrückgang — die Ausnutzung der Kostendegression bei besserer Kapazitätsauslastung leistungsfähigerer Betriebe, wenn sie damit ihre Quote überschreiten und zu einem Mengenausgleich herangezogen werden. Unter dem Einfluß des Wettbewerbs wird die „Minderleistungskapazität“, bei Kartellierung die „Hochleistungskapazität“ stillgelegt¹⁵³. Diese Art der Beschäftigungspolitik erzielt in einer überexpandierten Branche — wie dies in kartellierten Industriezweigen häufig der Fall ist¹⁵⁴ — eine gleichmäßige Verteilung und Konservierung unausgenutzter Kapazitäten, einschließlich der damit verbundenen Kostenerhöhungen; sie verhindert eine optimale Kombination der Produktionsfaktoren.

Das von einer Quotenvereinbarung verursachte überhöhte Kosten-niveau ließe sich nur durch eine Beschäftigungspolitik vermeiden, die sich an der Höhe der Kosten der einzelnen Syndikatsmitglieder orientiert: wenn erst der Betrieb mit den niedrigsten Stückkosten voll beschäftigt würde, dann derjenige mit den nächst niedrigeren usw. oder wenn die Aufträge im umgekehrten Verhältnis der variablen Stückkosten auf die Kartellmitglieder verteilt würden¹⁵⁵. Diese Art der Absatzzuteilung ist in der Praxis nicht anzutreffen. Denn sie läßt sich nicht mit der Existenz eines Syndikats vereinbaren, da der Wettbewerb zwischen den Beteiligten bestehenbleibt. Die Zielsetzung eines Syndikats

¹⁵² *Knoth, Joachim, a.a.O., S. 44.*

¹⁵³ *Günther, Eberhard: BB 1953, 123.*

¹⁵⁴ *Siehe unten, S. 72 ff.*

¹⁵⁵ *Knoth, Joachim, a.a.O., S. 14 f.*

— Risikoabwälzung und höhere Gewinne — erfordert aber den Wettbewerbsausschluß zwischen den Kartellmitgliedern.

Abgesehen von der durch die Wettbewerbsbeschränkung entfallenden Notwendigkeit besitzt ein Syndikat auch geringere Möglichkeiten, auf Kostensenkungen bei den Kartellmitgliedern hinzuwirken, als ein unabhängig, selbständig disponierendes Unternehmen, das einen rationell arbeitenden Betrieb mehr beschäftigen kann als einen unrationellen. Denn ein Syndikat handelt nicht nach ökonomischen Gesichtspunkten als oberster Richtschnur; es muß zunächst nach Erfüllung der vertraglichen Vereinbarungen trachten.

Quotenkämpfe und Quotenkäufe, die Abfindungen oder laufende Zahlungen verursachen, sind weitere kostenerhöhende Faktoren¹⁵⁶.

Miksch beurteilt überhöhte Kosten als volkswirtschaftlich noch unerwünschter als Monopolgewinne, da dann aus der Ausbeutung der Nachfrage noch nicht einmal Gewinne und Kapitalbildung resultierten¹⁵⁷.

b) Die Beharrungstendenz eines Syndikats

Die Beharrungstendenz eines Syndikats, die dem dynamischen, vorwärtsdrängenden Charakter des Wirtschaftsprozesses entgegengerichtet ist, zeigt sich sowohl in der Anpassung an Änderungen von außen als auch in der Herbeiführung von Neuerungen. Im wesentlichen erscheinen hierfür drei Gründe bestimmend:

1. In einem Kartell werden sich am ehesten Persönlichkeiten zusammenschließen, die dem konservativen Unternehmertypus zuzurechnen sind. Sie werden sehr wahrscheinlich innerhalb des Kartells gegenüber initiativen Unternehmern überwiegen¹⁵⁸. Die konservativen Unternehmer bilden auch in einer nicht kartellierten Wirtschaft die Mehrheit; aber hier wird der wirtschaftliche Fortschritt angetrieben und bestimmt von der Minderheit initiativer Unternehmer. Demgegenüber werden die Entscheidungen einzelner beim Kartell durch die Mehrheitsentscheidungen ersetzt, so daß hier die Mehrheit der konservativen Unternehmer die wirtschaftliche Entwicklung bestimmt. Das ist um so bedeutsamer, je weniger Außenseiter bestehen bzw. je erfolgreicher das Kartell diese bekämpfen kann¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Lehnich spricht von dem „Recht auf die Beteiligungsziffer im Syndikat“, das im Laufe der Zeit einen Geldwert erhalte; a.a.O., S. 200.

¹⁵⁷ Miksch, Leonhard: Wettbewerb als Aufgabe, 2. Aufl., Godesberg 1947, S. 105.

¹⁵⁸ Heuss, Ernst: Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 245 ff.; ders.: Das Kartell, a.a.O., S. 159 f.

¹⁵⁹ Heuss folgert daraus, daß eine kartellierte Wirtschaft qualitativ etwas

2. Die Kartellorganisation selbst, die schwerfällige Willensbildung innerhalb eines Kartells, wirkt gegenüber Neuerungen bremsend. Solche Änderungen — z. B. rationelleres Produktionsverfahren, welches aber erst bei einer größeren Produktionsmenge rentabel wird als das bisherige Verfahren, Einführung neuer Produkte, etc. — sind meist mit Maßnahmen verbunden, die die Kontinuität des Syndikats gefährden. Es ist klar, daß sich solche Vorgänge nicht beliebig wiederholen lassen, daß Neuerungen nur beschränkt zulässig sein können, soll die Existenz des Kartellzusammenschlusses nicht aufs Spiel gesetzt werden. Diese institutionell bedingte Starrheit macht sich um so mehr bemerkbar, je größer die Anzahl der Kartellmitglieder ist, je schwerfälliger der Kartellapparat wird.

3. Die Kartellpolitik ist auf die Erhaltung und Befestigung des status quo angelegt und gegen wirtschaftliche Änderungen gerichtet, die die erlangte Marktposition in Frage stellen könnten¹⁶⁰. Neuerungen, die geeignet erscheinen, die bestehende Datenkonstellation zu ändern, sind immer mit einem Risiko verbunden und widersprechen der Erhaltungspolitik des Syndikats, die auf Minderung und Abwälzung des Marktrisikos ausgerichtet ist¹⁶¹. Dem einzelnen soll mit Hilfe der Wettbewerbsbeschränkung das Risiko einer unbestimmten Zukunft hinsichtlich technischer und wirtschaftlicher Veränderung abgenommen werden¹⁶².

Aber nicht nur der Spielraum, Neuerungen einzuführen, die den wirtschaftlichen und technischen Fortschritt beschleunigen, wird für die Kartellmitglieder selbst eingeschränkt, sondern das Syndikat muß danach trachten, diese Politik auch gegenüber Außenseitern durchzusetzen.

Eine weitere wesentliche Hemmung des technischen Fortschritts ergibt sich daraus, daß die Wettbewerbsbeschränkung den Zwang mindert, die Monopolgewinne möglichst vollständig und effizient für Investitionen zu verwenden, die dem technischen Fortschritt dienen¹⁶³.

anderes sei als eine von den einzelnen Unternehmungen getragene Wirtschaft, in: Das Kartell, a.a.O., S. 159 f.

¹⁶⁰ Vgl. z. B. *Fikentscher*, Wolfgang: Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, a.a.O., S. 273.

¹⁶¹ So z. B. *Böhm*, Franz: WuW 1953, 183; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 46 ff.

¹⁶² Damit werde die Zukunft zu einer sicheren, manipulierbaren gemacht. Das Syndikat wirke als Bremse der dynamischen Kräfte des Wettbewerbs und übernehme die Rolle einer allgemeinen Planungsinstanz. Seine Denkweise und Diktion bewege sich in planwirtschaftlichen Kategorien; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 46 f.

¹⁶³ Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 11 f.

Der Kartellpolitik nach außen entspricht die Konservierung bestehender Zustände nach innen. Durch die Syndizierung wird der ständige Druck des Wettbewerbs zu Kostensenkungen durch innerbetriebliche Rationalisierungsmaßnahmen beseitigt oder wesentlich gemildert¹⁶⁴. Ein Unternehmen kann Rationalisierungsmaßnahmen, die ihm im Wettbewerb aufgezwungen würden, wenn es weiter am Markt bestehen will, im Schutz des Syndikats unterlassen und dennoch Gewinne erzielen. Auch in diesem Zusammenhang sind Quotenvereinbarungen negativ zu beurteilen. Eine Auftragsverteilung nach festen Quoten verstärkt die rationalisierungshemmende Wirkung, die von einem Syndikat grundsätzlich ausgeht. Wenn der Anteil des einzelnen am Gesamtabatz des Syndikats unter den gegebenen Umständen konstant ist, kann eine Art interner Rationalisierungswettbewerb nicht entstehen. Rationalisierungsmaßnahmen eines einzelnen Unternehmens wirken sich dann nur in Kostensenkungen und damit Gewinnerhöhungen aus, berühren aber nicht die Absatzmenge. Die übrigen Kartellmitglieder müssen auf solche Rationalisierungsbestrebungen nicht reagieren, da das Verhältnis des einzelnen am Gesamtabatz des Syndikats davon unbeeinflusst bleibt. Ein Syndikatsmitglied mag, wenn es seinen Gewinn als ausreichend erachtet, keine Veranlassung sehen, Rationalisierungsmaßnahmen in diesem Sinne durchzuführen. Sein Marktanteil wird von diesem Verhalten dank der festen Quoten nicht gefährdet. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob unterlassene Rationalisierungen nur die Gewinnhöhe beeinflussen oder ob — wie bei freiem Wettbewerb — die Marktstellung oder gar die Existenz aufs Spiel gesetzt wird.

Auch der technische Fortschritt kann unmittelbar von einem starren Quoten- und Ausgleichssystem behindert werden. Das läßt sich am Beispiel der Kautschukindustrie zeigen. Kartellmitglieder, die den Einsatz synthetischen Kautschuks forcierten, mußten wegen Quotenüberschreitungen¹⁶⁵ unangemessen hohe Ausgleichszahlungen leisten¹⁶⁶.

Syndikate vermögen also wirtschaftlichem und technischem Fortschritt entgegenzuwirken, ihn zu verlangsamen, das wirtschaftliche Wachstum zu bremsen. Das ist aufgrund der Marktstellung möglich, die es den an der Wettbewerbsbeschränkung Beteiligten erlaubt, sich dem Wettbewerb, der Antriebskraft der ökonomischen Entwicklung, in weitgehendem Umfang zu entziehen¹⁶⁷.

¹⁶⁴ So auch Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 27.

¹⁶⁵ Der Durchschnittserlös lag bei synthetischen Fertigprodukten wesentlich über den durchschnittlichen Erlösen für Normalprodukte.

¹⁶⁶ Fritz, H. A.: Die Wirtschaftsstelle der Vereinigung Deutscher Kautschukwaren-Fabriken GmbH in Berlin „Witeka“, in: Kartelle in der Wirklichkeit, a.a.O., S. 275 f.; vgl. auch den Hinweis auf die Produktionstechnik in WuW/E BKartA 916 (919) „Ruhrstickstoff III“.

¹⁶⁷ z. B. Böhm, Franz: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933, S. 4;

Diese Folgerungen können nicht durch die These entkräftet werden, daß trotz Preis- und Quotenkartell langfristig wesentliche Wettbewerbsfunktionen erhalten blieben¹⁶⁸. Der Kartellvertrag sei kündbar und die Organisationsform eines Kartells zu schwach, um sich langfristig gegen wesentliche Veränderungen der wirtschaftlichen Marktverhältnisse unter den Kartellmitgliedern durchzusetzen. Vielmehr sei anzunehmen, daß der Kartellvertrag entsprechend abgeändert werde, die Kartellpreise gesenkt und die Absatzquoten erhöht werden. Diese Vertröstungen auf eine ferne Zukunft, auf die Macht wirtschaftlicher Änderungen, die eine Revision von Kartellvertrag und -politik erzwingen, sind wenig befriedigend. Natürlich müssen die Schutzmaßnahmen, die die Überspannung des inneren Organisationszwangs verhindern sollen (§§ 13, 14, 91), von der Kartellpolitik berücksichtigt werden; sicherlich ist die Organisationsform eines Syndikats nach innen weniger gefestigt als etwa bei einer Fusion der beteiligten Unternehmen. Wesentliche Veränderungen der wirtschaftlichen Marktverhältnisse unter den Kartellmitgliedern oder gegenüber Außenseitern werden irgendwann eine Revision der Kartellpolitik erzwingen; schließlich sind Kartelle auch schon unter dem Druck wirtschaftlicher Änderungen zusammengebrochen. Aber das beweist doch nur, daß selbst der Macht eines Syndikats Grenzen gesetzt sind und nicht jeglicher wirtschaftlicher und technischer Fortschritt auf die Dauer ausgeschlossen werden kann. Das ändert nichts an der Tatsache, daß ein Syndikat die ökonomische Entwicklung, die Durchsetzung besserer Produktionsbedingungen am Markt, behindert und hinausschiebt. Und dieser Zustand läßt sich sehr wohl auf lange Sicht aufrechterhalten¹⁶⁹.

c) Negative Auswirkungen auf das Rationalisierungsstreben von Außenseitern

Besteht zwischen Syndikat und Außenseitern kein spürbarer Wettbewerb — sei es, daß ihre Marktanteile im Vergleich zum Syndikat zu unbedeutend sind, sei es, daß sie keine Expansionspolitik verfolgen, jedenfalls nicht geeignet oder willens erscheinen, die Kartellpolitik zu stören —, dann kann sich die Rationalisierungshemmende Tendenz des Syndikats auch auf diese übertragen. Wenn die Außenseiter genauso rationell produzieren wie das Syndikat, sehen sie sich von dieser Seite

Heuss, Ernst: Allgemeine Markttheorie, a.a.O., S. 248 f.; ders.: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 48 f.; Lehnich, Oswald, a.a.O., S. 609.

¹⁶⁸ So Kantzenbach, Erich: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, a.a.O., S. 110 f.

¹⁶⁹ Das beweist die lange Kartelltradition einzelner Industriezweige in Deutschland.

keinem Wettbewerb ausgesetzt, der sie zu Kostensenkungen und Änderungen zwingt. Im Schatten der Kartellpolitik kann auch bei den Außenseitern eine überhöhte Kostenstruktur, eine unteroptimale Kombination der Produktionsfaktoren entstehen und bestehen.

*d) Möglichkeit von Kapitalfehlleitungen
wegen des verringerten Investitionsrisikos*

Wenn neben den Preis- und Quotenabsprachen noch eine kollektive Abstimmung der Investitionen vereinbart wird, ist der Wettbewerbsausschluß zwischen den Beteiligten, auch langfristig betrachtet, vollständig. Die „Stabilisierung“ der bestehenden Machtverhältnisse innerhalb des Kartells ist dann sogar im Hinblick auf die zukünftige, wirtschaftliche Entwicklung vollkommen. Von Selbständigkeit des einzelnen Kartellmitglieds könnte keine Rede mehr sein. Die Entscheidung über die eigene Entwicklung wäre dem einzelnen Unternehmen restlos entzogen. Eine unmittelbare Abstimmung der Investitionen scheint jedoch bei den Syndikaten, die unter den Anwendungsbereich des GWB fallen, nicht üblich zu sein, jedenfalls nicht im Kartellvertrag verankert¹⁷⁰.

Aber auch bei beliebigen Kapazitäten beeinflusst ein Syndikat mittelbar Kapazitätsveränderungen der beteiligten Unternehmen in bedeutendem Umfang. Bei freiem Wettbewerb lenken die Gewinne die Investitionen in die Bereiche mit produktivster Verwendung. Diese Steuerungsfunktion der Gewinne ist bei Syndizierung eingeschränkt oder aufgehoben mit der möglichen Folge von Fehlinvestitionen¹⁷¹.

Die durch den Wettbewerbsausschluß erzielten Kartellpreise, die Monopolgewinne ermöglichen eine hohe Selbstfinanzierung, in deren Umfang das Investitionsrisiko nicht oder nur zum Teil wirksam wird. Die Kartellierung reduziert das privatwirtschaftliche Risiko einer Fehlinvestition und wälzt es auf die Allgemeinheit ab¹⁷². Die Gefahr von Kapitalfehlleitungen wird durch die Kartellbildung als Folge des verringerten Investitionsrisikos verstärkt. Investitionen, die den wirt-

¹⁷⁰ z. B. sind in den Verträgen der vier Stahlkontore investitionspolitische Vereinbarungen getroffen; vgl. FAZ vom 9.2.67.

¹⁷¹ So z. B. Becker, Theodor: Die Bedeutung der Rationalisierung für die Kartellbildung, Emsdetten 1932, S. 134; Fricke, Werner, a.a.O., S. 113 ff.; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 9.

¹⁷² Böhm, Franz: Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, München 1951, S. 35; Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 232; Kaskell/Schlesinger folgern, daß die Legitimierung eines Kartellvertrages, in dem Preise, Produktionsmengen und Gebietsverteilung vereinbart sind, gemäß § 5 den Beteiligten die Amortisation des investierten Kapitals garantiere, WuW 1952, 567.

schaftlichen Fortschritt in der betreffenden Branche beschleunigen, gleichzeitig aber auch besonders risikoreich sind, können unterbleiben.

Andererseits fördert die Syndizierung in bedeutendem Umfang Überkapazitäten als Folge der Quotenvereinbarungen, die die Investitionspolitik der Syndikatsmitglieder wesentlich beeinflussen. Kurzfristig können Quoten unausgenutzte Kapazitäten zur Folge haben, langfristig Überkapazitäten, die als Dauerzustand bestehenbleiben, wenn die Quoten fest im Verhältnis der Kapazitäten fixiert sind oder mit den jeweiligen Kapazitäten variieren. Denn die Quote verleiht den Anspruch auf einen bestimmten Anteil am Gesamtabatz des Syndikats. Ein Abbau der Überkapazitäten würde für die betreffenden Unternehmen entsprechend der niedrigeren Quote eine Verringerung der Erlöse bedeuten, sofern die Kapazitätsbereinigung nicht gleichmäßig auf alle Kartellmitglieder verteilt wird¹⁷³. Hier ist die Überkapazität eine Folge der Restriktionspolitik des Syndikats.

Die Tendenz zur Überkapazität, die von Quotenvereinbarungen ausgeht, wird verstärkt, wenn eine Erneuerung des Kartellabkommens bevorsteht. Dann besteht die Gefahr, daß ein Quotenkampf entbrennt. Es werden Kapazitätserweiterungen und Quotenkäufe¹⁷⁴ nur aus dem Grunde vorgenommen, um die eigene Verhandlungsposition zu stärken und dadurch eine höhere Quote zu erreichen als zuvor oder aber, um bei negativem Verhandlungsergebnis für den kommenden Wettbewerb gerüstet zu sein. Der zwischen den Kartellmitgliedern ausgeschlossene Wettbewerb nach außen verlagert sich nach innen auf den Kampf um die Quoten¹⁷⁵. Die Produktionskapazitäten werden erweitert, um die Machtverhältnisse innerhalb des Syndikats zu verändern, auch wenn die Kosten- und Erlössituation die Kapazitätsvergrößerung nicht rechtfertigen. Der Kampf um die Quoten kann zwar einerseits in Neuverhandlungen aus Furcht vor einem Zusammenbruch des Kartells eine Revision der Marktabsprachen erzwingen und eine Kartellpolitik durchsetzen, die den höheren Kapazitäten besser entspricht, d. h. niedrigerer Kartellpreis und größere Absatzmengen¹⁷⁶. Andererseits sind aber Quotenkämpfe Ursache von Überkapazitäten und Konzentra-

¹⁷³ Vgl. Kühne, Karl, a.a.O., S. 187.

¹⁷⁴ Die eine besondere Form der Konzentration darstellen; vgl. Günther, Eberhard: Wege zur europäischen Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 55.

Quotenkäufe widersprechen dem Argument der konzentrationshemmenden Wirkung von Kartellen ebenso wie jenem, das Kartell biete Klein- und Mittelbetrieben gegenüber Großunternehmen einen Schutz; vgl. Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 229 ff./232 f.; siehe auch König, Heinz: Kartelle und Konzentration, a.a.O., S. 319.

¹⁷⁵ So z. B. Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 5 Anm. 24; Deringer, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 100.

¹⁷⁶ Machlup, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 472.

tionsvorgängen¹⁷⁷. Die Überinvestition ist ein Indiz, daß eine Vereinbarung über eine Investitionsbeschränkung nicht zustandekommt¹⁷⁸. In diesem Fall ist die Überkapazität Ausdruck einer Expansionspolitik der Kartellmitglieder.

Die Aufrechterhaltung der Überkapazität kann auch einer möglichen preispolitischen Auseinandersetzung mit tatsächlichen oder potentiellen Konkurrenten dienen, um durch Preisunterbietung und Massenangebote bestehende Konkurrenten zum Ausscheiden zu zwingen bzw. potentielle Mitbewerber am Markteintritt zu hindern¹⁷⁹. Ist der Markt nicht vollständig geschlossen, kann sich die Entwicklung zur Überkapazität ausweiten, wenn die Gewinne des Syndikats Neukonkurrenten anlocken, diese die Kartellpolitik nicht angreifen und dann mit ihren Kapazitäten zur Überbesetzung der Branche beitragen.

Syndikate fördern Überkapazitäten, umgekehrt steigt in einer Branche mit vorhandenen Überkapazitäten die Kartellwilligkeit. In diesem Zusammenhang wird häufig die Meinung vertreten, eine Kartellierung verhindere Kapazitätsvernichtung. Diese Argumentation ist nicht zutreffend¹⁸⁰. Bei strukturell bedingtem Nachfragerückgang sinken bei unbeschränktem Wettbewerb die Preise. Es wird solange produziert, wie die Preise die variablen Durchschnittskosten decken. Langfristig nimmt die Kapazität ab, Ersatzinvestitionen unterbleiben. Damit liegt keine Kapazitätsvernichtung vor, sondern ein volkswirtschaftlich erwünschter Anpassungsprozeß, der durch die langfristige Änderung der Nachfragebedingungen verursacht ist. Wenn Kartelle in einer solchen Marktlage die Preise nicht oder weniger senken, wird der Absatz weiter zurückgehen als im kartellfreien Zustand. Das bedeutet nicht eine „Verhinderung von Kapazitätsvernichtung“, sondern eine schlechtere Auslastung der Kapazität im Vergleich zur freien Konkurrenz. An die Stelle des unter Wettbewerbsbedingungen ausgelösten Anpassungsprozesses durch Verringerung der Kapazität tritt bei Syndikaten die geringere Auslastung der Kapazität¹⁸¹. Damit wird die Sanierung der Branche, die Anpassung an die langfristig veränderten Nachfragebedingungen, hinausgeschoben.

¹⁷⁷ Günther, Eberhard: BB 1953, 123; Kühne, Karl, a.a.O., S. 187. Wenn versucht wird, die durch die Kartellpolitik geschaffene Überkapazität zu beseitigen, werden horizontale Konzentrationsprozesse ausgelöst; die horizontale Konzentration ist damit mittelbare Folge der Kartellierung; vgl. Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 232 ff.

¹⁷⁸ Kühne bezeichnet sie als „Uneinigkeitsrestriktion“; a.a.O., S. 274.

¹⁷⁹ Kühne, Karl, a.a.O., S. 274.

¹⁸⁰ Vgl. zum folgenden: Lutz, Friedrich A.: Bemerkungen zum Monopolproblem, a.a.O., S. 37 ff.

¹⁸¹ So z. B. auch Günther, Eberhard: Wege zu einer europäischen Wettbewerbsordnung, a.a.O., S. 55.

Die Zementindustrie bietet ein Beispiel dafür, daß Kartelle die Überkapazität fördern, andererseits in einer überexpandierten Branche die Kartellwilligkeit steigt. In der deutschen Zementindustrie bestanden seit 1880 Kartellbindungen¹⁸². Während der Syndizierung waren immer wieder Überkapazitäten vorhanden. In den verschiedenen Anträgen der Zementindustrie auf Erlaubnis eines Syndikats gemäß § 5 Abs. 2 und 3 wurde zwar jedesmal als Rationalisierungsmaßnahme eine Auftragsverteilung angeführt, die eine optimale Kapazitätsauslastung gewährleiste. Der Kartellvertrag enthielt aber eine Quotenvereinbarung, geldlichen Lieferausgleich und durchschnittlichen Nettoerlös pro Tonne¹⁸³, also Maßnahmen, die einer planmäßigen Bereinigung der Überkapazitäten gerade entgegenstehen.

Das verringerte Unternehmerrisiko, die Monopolgewinne und die Quotenvereinbarungen begünstigen eine Investitionspolitik, die bis zu einem bestimmten Umfang die Aufnahmefähigkeit des Marktes unberücksichtigt läßt. Es werden Investitionsgüter geschaffen, die dann zur Produktion doch nicht benötigt werden oder in anderen Bereichen eine wirtschaftlichere Verwendung finden könnten. Dieses volkswirtschaftlich höchst unerwünschte Verhalten ist nur durchführbar, da die Kartellpreise — trotz unausgenutzter Kapazitäten — Kostendeckung und Gewinne gewähren, während ohne Wettbewerbsbeschränkung eine solche Investitionspolitik mit privatwirtschaftlichen Verlusten bestraft würde, die eine Änderung oder das Ausscheiden vom Markt erzwingen würden. Das Kapital, das in die syndizierte Industrie fließt und dort nicht seine produktivste Verwendung findet, fehlt in anderen Wirtschaftsbereichen, wodurch dort die Entwicklungsmöglichkeiten, das wirtschaftliche Wachstum behindert werden¹⁸⁴.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Existenz eines Syndikats grundsätzlich im Widerspruch zur gesellschaftspolitischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB steht. Ein Syndikat verstößt also nicht nur gegen die freiheitliche Zielsetzung des GWB, da seine Gründung und Durchführung die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit voraussetzen, sondern muß auch unter rein ökonomischen Gesichtspunkten negativ beurteilt werden. Ein Syndikat ist mit dem Ziel der optimalen Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Dienstleistungen nicht vereinbar.

¹⁸² Vgl. WuW/E BKartA 400 (402 f.) „Süddeutsche Zementwerke“.

¹⁸³ WuW/E BKartA 549 f. „Westfälische Zementwerke I“.

¹⁸⁴ Fricke, Werner, a.a.O., S. 114; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 9.

Daneben bleibt noch zu beachten, daß die einbehaltenen Gewinne, die nicht auf den Kapitalmarkt fließen, das Angebot auf dem Kapitalmarkt in entsprechendem Umfang verringern. Der Zinssatz ist relativ hoch, jedenfalls höher als ohne Wettbewerbsbeschränkung.

Dieses Ergebnis der Untersuchung der wirtschaftlichen Folgen einer Syndizierung steht im Gegensatz zu den Grundlagen, von denen der Gesetzgeber in § 5 Abs. 2 und 3 ausgeht.

D. Die Zielsetzung des § 5 GWB und die Verwaltungspraxis bei der Zulassung von Verkaufssyndikaten

I. Die wettbewerbspolitischen Ziele des § 5 Abs. 2 und 3

Das GWB geht grundsätzlich davon aus, daß das Steuerungs- und Antriebsprinzip des Wettbewerbs tendenziell die rationellste Verwendung der Produktionsfaktoren und damit die optimale Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Diensten gewährleistet.

In den Ausnahmetatbeständen der §§ 2 bis 8 hat der Gesetzgeber jedoch einen Konflikt zwischen der gesellschaftspolitischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzung angenommen, der zugunsten einer wirtschaftspolitischen „rule of reason“ gelöst ist. Bessere ökonomische Marktergebnisse sollen in diesen Fällen die Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen.

Zunächst erscheint es erstaunlich, daß auch sog. „Rationalisierungskartelle“ vom grundsätzlichen Kartellverbot des § 1 unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 ausgenommen sind, da doch gerade der Wettbewerb und nicht die Wettbewerbsbeschränkung das einzelne Unternehmen zu ständigen Rationalisierungsanstrengungen zwingt. In der amtlichen Begründung wird darauf hingewiesen, daß es Märkte gebe, auf denen erst die Wettbewerbsbeschränkung die Voraussetzung für Rationalisierungsmaßnahmen schaffe¹.

¹ Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil A, S. 22, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1060.

Dieser Hinweis als Begründung für die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 findet sich auch in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts, z.B. WuW/E BKartA 400 (406) „Süddeutsche Zementwerke“; ebenso z.B. *Segelmann*, Frank: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 141, während Günther zumindest anführt, die These, die der Zulassung von Rationalisierungskartellen zugrunde liege, Kartelle würden unter bestimmten Voraussetzungen bessere Marktergebnisse erzielen als der Wettbewerb, sei nicht unbestritten; in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 16 f. In einem anderen Aufsatz macht er allerdings geltend, daß der Zielsetzung des GWB, dem Wirksamwerden der „Wettbewerbsratio“, in den Ausnahmeregelungen eine entgegengesetzte Zielsetzung, die „Beschränkungs-ratio“, gegenübergestellt werde. Zwischen beiden konkurrierenden Prinzipien müsse eine Synthese gefunden werden, wie es z.B. in § 5 Abs. 2 und 3 der Fall sei; in: MA 1961, 273/276.

Bei Rationalisierungskartellen handele es sich um wirtschaftlich sinnvolle Marktbindungen, die durch Kostensenkung und Leistungssteigerung „die Wirtschaftskraft im Sinne der vom Gesetz erstrebten Wettbewerbsordnung“ fördern². Welche Besonderheiten Märkte aufweisen müssen, die den umgekehrten Schluß — Wettbewerbsbeschränkung als Voraussetzung einer Rationalisierung — rechtfertigen, wird nicht näher erläutert³.

Auch das Gesetz gibt keinen Aufschluß darüber. Es geht davon aus, daß ein Konflikt zwischen Wettbewerbsfreiheit und besserer Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Dienstleistungen möglich ist und trifft in § 5 Abs. 2 und 3 eine Entscheidung zugunsten wirtschaftspolitischer Zweckmäßigkeitserwägungen. Unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 soll ein Syndikat größere (oder überhaupt erst) Rationalisierungserfolge erbringen als der kartellfreie Zustand.

1. Die Tatbestandsmerkmale von § 5 Abs. 2 und 3

Rechtliche Grundlage für die Freistellung von Syndikaten vom Kartellverbot des § 1 ist § 5 Abs. 2 und 3. Nach ständiger Spruchpraxis des Bundeskartellamts in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung stellt Abs. 3 gegenüber Abs. 2 keinen selbständigen Tatbestand dar, sondern fordert die Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen für die Erlaubnisfähigkeit von Syndikaten⁴. Syndikate sind demnach nur dann erlaubnisfähig, wenn gleichzeitig die Tatbestandsmerkmale von § 5 Abs. 2 wie auch von § 5 Abs. 3 gegeben sind.

² Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil C, S. 32, abgedruckt in: *Gemeinschaftskommentar*, 1. Aufl., a.a.O., S. 1078.

³ Das Bundeskartellamt sieht die besonderen Marktverhältnisse dann als gegeben an, wenn der Marktmechanismus gestört oder ausgeschaltet sei, und nennt als Beispiel staatliche Höchstpreisvorschriften oder fehlende Anpassung der Produktion nach Menge oder Art (Tätigkeitsbericht für das Jahr 1961, BT-Drucks. IV/378, S. 9).

⁴ WuW/E BKartA 79 (84) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 162 (165) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 (215) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 322 (326) „Textilohlnveredlung“; WuW/E BKartA 341 (347) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 732 (733) „Superphosphat II“; WuW/E BKartA 1011 f. „Zementkontor Untereibe“; WuW/E BKartA 1035 (1036) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1051 (1059) „Westdeutsche Düngekalkwerke“; ebenso Beschluß des BGH vom 17. 5. 65, WuW/E BGH 667 (672) „Rechtselbische Zementpreise IV“ und vom 27. 6. 1968, WuW/E BGH 967 (968 f.) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; *Baumbach-Hefermehl*, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 5 Anm. 20 ff.; *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 90; *Kirschstein/Segelmann*: Rationalisierungskartelle und Syndikate, Düsseldorf 1960, S. 7; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 5 und 5 a Tz. 10 und § 5 Tz. 36; *Rasch/Westrick*: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., § 5 Anm. 16/28.

Nach § 5 Abs. 2 und 3 muß der Kartellvertrag oder -beschluß folgende Bedingungen erfüllen:

1. Die Wettbewerbsbeschränkung gemäß § 1 muß der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dienen (§ 5 Abs. 2 S. 1). Es ist umstritten, ob § 5 Abs. 2 erfordert, daß die Rationalisierung Inhalt des Vertrages ist, d. h. daß die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung die Verpflichtung zur Vornahme bestimmter Rationalisierungsmaßnahmen enthalten muß⁵, oder ob etwa eine Rahmenvereinbarung genügt⁶. Im Gegensatz zu § 1 muß die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 als Möglichkeit der Freiheitseinschränkung eng ausgelegt werden. Die Befreiung vom Kartellverbot soll nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen erteilt werden. Wenn eine Rahmenvereinbarung für künftige kooperative Rationalisierungsmaßnahmen oder der sich aus den Umständen ergebende Zusammenhang zwischen Kartellvertrag und Rationalisierung zur Erlaubniserteilung ausreicht, würde das Verbotsprinzip des § 1 in ein Mißbrauchsprinzip abgeändert⁷.

Was unter Rationalisierung zu verstehen ist, wird in § 5 Abs. 2 nicht bestimmt, wie auch eine Definition der übrigen wirtschaftlichen Tatbestände fehlt.

Der Kartellvertrag muß der Rationalisierung „wirtschaftlicher Vorgänge“ dienen. Unter „wirtschaftlichen Vorgängen“ sind alle Bereiche unternehmerischer Tätigkeit zu verstehen, also insbesondere Investitions-, Produktions-, Finanz- und Absatzsphäre.

2. Der Kartellvertrag muß objektiv zur Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen „in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung“ geeignet sein.

⁵ So *Kirschstein/Segelmann*: Syndikate und Rationalisierungskartelle, Düsseldorf 1960, S. 11: Das ergebe sich schon aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 3 S. 1: „Soll der Vertrag ... die Rationalisierung verwirklichen“. Mit dieser Formulierung werde die Rationalisierung als Vertragsinhalt und als Vertragszweck vorausgesetzt; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 16 f.

⁶ *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 53: Die Rationalisierung müsse nicht Inhalt der Vereinbarung sein. Es genüge, wenn sich der Zusammenhang zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierung aus den gesamten Umständen nach den Erfahrungen des Wirtschaftslebens ergebe. Andererseits stimmt Deringer der Ansicht zu, daß vorteilhafte Auswirkungen des Kartells, die lediglich Folge des Wettbewerbsausschlusses sind, unberücksichtigt bleiben (§ 5 Anm. 52). Wenn aber zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierung nur ein Zusammenhang, der sich aus den Umständen ergibt, gefordert wird, erscheint eine wirksame Trennung zwischen vorteilhaften Auswirkungen, die lediglich Folge des Wettbewerbsausschlusses sind, und Rationalisierungsmaßnahmen, für die der Kartellvertrag ursächlich ist, sehr zweifelhaft.

⁷ So auch WuW/E BKartA 528 (530 f.) „Steinzeug II“; WuW/E BKartA 400 (417) „Süddeutsche Zementwerke“; davon abweichend: WuW/E BKartA 925 (929) „Eiserne Fässer und Gefäße III“.

Der erwartete Rationalisierungserfolg muß bei allen beteiligten Unternehmen erkennbar eintreten, wenn auch nicht in gleichem Umfang⁸. Wenn bei einem der Kartellmitglieder kein Rationalisierungserfolg zu erwarten ist, fehlt die innere Rechtfertigung zur Freistellung von § 1⁹. Die Steigerung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit muß wesentlich sein, d. h. sie muß ins Gewicht fallen und von nachhaltiger Bedeutung sein¹⁰.

3. Weiter muß der Kartellvertrag über die zwischenbetrieblichen Rationalisierungserfolge hinaus zur Verbesserung der Bedarfsbefriedigung geeignet sein. Mit dem Tatbestandsmerkmal der verbesserten Bedarfsbefriedigung sollen gesamtwirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Die Vorteile der kollektiven Rationalisierung müssen wenigstens teilweise an die Marktgegenseite weitergegeben werden.

4. § 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 fordern ein angemessenes Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung und damit eine Interessenabwägung zwischen den Vorteilen und den Nachteilen der Kartellierung¹¹.

Die vier Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 müssen gleichzeitig erfüllt sein. Die Tatbestandsmerkmale der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge, der Eignung zur wesentlichen Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit und zur besseren Bedarfsbefriedigung stehen zueinander in einem Kausalitätsverhältnis¹².

⁸ WuW/E BKartA 191 (194) „Nordbayerische Basaltunion“; WuW/E BKartA 322 (327) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 528 (537) „Steinzeug II“; WuW/E BKartA 549 (562) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 773 (785) „Montanzement“; WuW/E BKartA 965 (973) „Teer-Erzeugnisse“; WuW/E BKartA 1051 (1052) „Westdeutsche Düngekalkwerke“; WuW/E BKartA 1108 (1109) „Zementvertrieb Berlin II“; *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 67; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 20.

⁹ WuW/E BKartA 211 (218) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 549 (562 f.) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 564 (565) „Westfälische Zementwerke II“; WuW/E BKartA 1131 „Westfälische Zementwerke II“; WuW/E BKartA 787 (790) „Zementvertrieb Berlin“.

¹⁰ z. B. WuW/E BKartA 629 (632) „Armaturen“; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 23.

¹¹ Die Wiederholung dieser Voraussetzung in Abs. 3 S. 2 wird teilweise damit begründet, daß sie den Zusammenhang mit Abs. 2 herstellen solle und eine Verstärkung bedeute; so z. B. WuW/E BKartA 400 (422) „Süddeutsche Zementwerke“; *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 58.

¹² So auch *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 36; *Kirschstein/Segelmann*, a.a.O., S. 8 ff./20 f.; WuW/E BKartA 1055 (1060) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“.

a. A.: *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 13 ff. *Langen* vertritt die Ansicht, daß die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 nicht kumulativ nebeneinander stehen, sondern ineinander übergehen.

5. Die zusätzlichen Voraussetzungen von § 5 Abs. 3 werden überwiegend als Verschärfung neben den Bedingungen des § 5 Abs. 2 gewertet, da Rationalisierungsvorhaben, die durch Syndikatsbildung verwirklicht werden sollen, besonders schwerwiegende Eingriffe in die grundsätzlich als richtig anerkannte Wettbewerbswirtschaft nach sich ziehen und daher nur unter besonders strengen Voraussetzungen erlaubnisfähig sein sollen¹³.

Tatsächlich stellt § 5 Abs. 3 gegenüber Abs. 2 keine wesentlich anderen Anforderungen an die Zulässigkeit von Syndikaten.

a) Die Erlaubnis für ein Syndikat darf nur erteilt werden, wenn der Rationalisierungszweck nicht auf andere Weise erreicht werden kann (§ 5 Abs. 3 S. 1 1. Halbsatz), d. h. ohne oder mit einer geringeren Wettbewerbsbeschränkung¹⁴. Daraus folgt, daß schon bei der Prüfung der Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 nur die Rationalisierungsmaßnahmen berücksichtigt werden, die ohne Syndikat nicht zu verwirklichen sind¹⁵.

Die Bedingung, daß der Rationalisierungszweck nicht auf andere Weise erreicht werden kann, ist im Grunde schon in der Forderung nach einem angemessenen Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung enthalten¹⁶. Wenn der gleiche Rationalisierungserfolg mit einer geringeren Wettbewerbsbeschränkung zu erzielen ist, kann auch das Verhältnis zwischen beiden Größen nicht angemessen sein. Denn die Beziehung zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung ist nur dann angemessen, wenn das Ausmaß der Wettbewerbsbeschränkung eines Syndikats von einem entsprechend bedeutsamen Rationalisierungserfolg gerechtfertigt wird.

b) § 5 Abs. 3 S. 1 fordert weiter, daß die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist. Es ist dabei die generelle Auswirkung der Regelung zu beurteilen und nicht auf die Interessen einer bestimmten Gruppe abzustellen¹⁷. Der Tatbestand des Interesses der Allgemeinheit an der Rationalisierung wird praktisch von dem Erfordernis der

Langen faßt z. B. die Merkmale „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ und „Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit“ zu einer Einheit zusammen. Sie könnten wie ein einziges Begriffsmerkmal behandelt werden (§ 5 Tz. 14).

¹³ Vgl. Anm. 4, S. 78.

¹⁴ z. B. WuW/E BKartA 200 (203) „Eiserne Fässer und Gefäße“; *Deringer*, *Arved* im Gemeinschaftskommentar, a.a.O., § 5 Anm. 106.

¹⁵ z. B. WuW/E BKartA 1035 (1036) „Montanzement II“.

¹⁶ So auch *Langen*, *Eugen*: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 48; ders.: WuW 1960, 248.

¹⁷ z. B. WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 211 (217) „Thomasphosphat“.

besseren Bedarfsbefriedigung erfaßt¹⁸. Denn grundsätzlich liegt eine bessere Bedarfsbefriedigung im Interesse der Allgemeinheit. Das Interesse der Allgemeinheit erschöpft sich auch — unter rein ökonomischen Gesichtspunkten — in der besseren Bedarfsbefriedigung, da die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 5 Abs. 2 und 3 nur das wirtschaftspolitische Ziel einer besseren Güterversorgung verwirklichen soll.

Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen: 1. der innerbetriebliche Rationalisierungserfolg, der sich in einer wesentlichen Hebung der Leistungsfähigkeit oder der Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen zeigt, und 2. der volkswirtschaftliche Effekt der Rationalisierungsmaßnahmen, der sich in den Tatbestandsmerkmalen der Bedarfsbefriedigung, des Allgemeininteresses und der Angemessenheit zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung ausdrückt¹⁹.

Insgesamt sollen die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 und 3 sicherstellen, daß die Vorteile der Rationalisierung die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung übertreffen und die Syndikatsbildung auch unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten positiv zu beurteilen ist.

2. Vergleich zwischen kartelliertem und kartellfreiem Zustand

Das Gesetz fordert, daß die Wettbewerbsbeschränkung objektiv geeignet ist, eine Steigerung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen und eine Verbesserung der Bedarfsbefriedigung herbeizuführen. Zwischen Kartellvertrag und Rationalisierung muß ein Kausalzusammenhang bestehen, d. h. es sind bei einer Beurteilung möglicher Rationalisierungserfolge nur diejenigen zu berücksichtigen, die ausschließlich durch den Kartellvertrag bei den einzelnen Unternehmen eintreten und darüber hinaus eine verbesserte Bedarfsbefriedigung zur Folge haben. Individuelle Rationalisierungsmaßnahmen wie auch solche, die ohne Wettbewerbsbeschränkung bzw.

¹⁸ Ähnlich auch *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 112; a. A. *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 31: Das Merkmal der verbesserten Bedarfsbefriedigung dürfe nicht an dasjenige des Interesses der Allgemeinheit angenähert werden. *Langen* ist allerdings in seinen Ausführungen zum Tatbestand der besseren Bedarfsbefriedigung und des Interesses der Allgemeinheit widersprüchlich. Nach seiner Ansicht ist es unsicher, welchen Inhalt die Voraussetzung des Interesses der Allgemeinheit noch neben den übrigen Voraussetzungen haben könnte. Die verbesserte Bedarfsbefriedigung weite sich zum allgemeinen Interesse aus, wenn man unter Bedarf die weitesten Kreise der Abnehmer und Verbraucher verstehe (§ 5 Tz. 51 ff.).

¹⁹ So z. B. WuW/E BKartA 322 (327) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 1051 f. „Westdeutsche Düngekalkwerke“.

bei § 5 Abs. 3 ohne Syndikat zu erreichen wären, bleiben außer Betracht²⁰. Es reicht also zur Erlaubniserteilung allein nicht aus, daß eine kollektive Rationalisierung zu Kostenersparnissen führt, sondern es ist der weitere Nachweis erforderlich, daß dieser Rationalisierungserfolg ohne Kartellierung in gleicher Weise nicht zu erzielen ist²¹.

Eine Bündelung mehrerer Wettbewerbsbeschränkungen — wie sie bei einem Syndikat in der Regel anzutreffen ist — ist dann eine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1, wenn jede Wettbewerbsbeschränkung für sich allein nicht zur Erreichung des angestrebten Rationalisierungserfolges ausreicht, dies vielmehr nur durch kumulative Anwendung der Wettbewerbsbeschränkungen möglich erscheint. Dabei muß jede einzelne Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung dieses Zieles unentbehrlich sein²².

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 das Ziel, mittels Kartellierung ein Mehr an Rationalisierung als ohne Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen. Das aber erfordert einen Vergleich zwischen kartellfreiem und kartelliertem Zustand. Zunächst muß also eine tatsächlich bestehende wirtschaftliche Situation — bei Altkartellen (§ 106 Abs. 2) der kartellierte Zustand, bei Neukartellen der Zustand ohne Wettbewerbsbeschränkung — analysiert werden, anschließend ein hypothetischer wirtschaftlicher Sachverhalt — Zustand ohne bzw. mit Syndizierung —, und schließlich sind beide Zustände miteinander zu vergleichen, wobei die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung zu berücksichtigen ist²³. Damit verlangt § 5 Abs. 2 und 3 einen hypothetischen Marktergebnistest²⁴, den Nachweis, daß sich die Marktergebnisse infolge des Kartells verbessern.

Hier gewinnt das Problem der Zurechnung besondere Bedeutung. Möglicherweise eintretende und tatsächlich eingetretene Veränderungen sind den entsprechenden Ursachen zuzuordnen. Die Trennung zwischen individuellen Rationalisierungsmaßnahmen und solchen, die in Aus-

²⁰ z. B. WuW/E BKartA 602 „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 773 (784) „Montanzement“. Nach Ansicht des Bundeskartellamts kommt es bei der Beurteilung eines Kartellvertrages gemäß § 5 Abs. 2 und 3 auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten jedes einzelnen an der Kartellvereinbarung beteiligten Unternehmens an, nicht aber auf die wirtschaftlichen Verhältnisse anderer Unternehmen (Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960, BT-Drucks. III/2734, S. 29). Damit würde sich eine Untersuchung, wie andere Unternehmen das Rationalisierungsproblem lösen, erübrigen.

²¹ Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 17.

²² WuW/E BKartA 677 (680) „Fleurop“.

²³ Vgl. Steindorff, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 27 f.

²⁴ Hoppmann, Erich: Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, a.a.O., S. 177 f.

übung des Kartellvertrages vorgenommen werden, dürfte allerdings — wenn überhaupt möglich — sehr schwierig durchzuführen sein²⁵.

Wenn man unterstellt, daß Kriterien zur Messung des Rationalisierungserfolges gegeben sind, können zwar bei der Neugründung von Syndikaten betriebliche Kennziffern, die auf der unternehmerischen Tätigkeit bei unbeschränktem Wettbewerb beruhen, gebildet werden. Diese aber müssen mit fiktiven Kennziffern, die für den kartellierten Zustand zu entwickeln sind, verglichen werden. Dieser Vergleich ist auch dann nicht leichter zu ziehen, wenn eine Verlängerung eines Syndikats zur Debatte steht. Man könnte in diesem Fall argumentieren, daß nur zwei tatsächliche Situationen zu beurteilen sind: der zum Zeitpunkt der in Frage stehenden Verlängerung erreichte (kartellierte) Zustand mit jenem vor Gründung des Syndikats, um festzustellen, ob die erwarteten Rationalisierungserfolge auch tatsächlich eingetreten sind. Diese Argumentation ist aus zwei Gründen nicht zutreffend:

1. Ein solcher Vergleich läßt, da er sich auf zwei verschiedene Zeitpunkte bezieht, die wirtschaftliche Entwicklung, wie sie ohne Syndikat verlaufen wäre, unberücksichtigt. Der wirtschaftliche Zustand ohne Wettbewerbsbeschränkung zum Zeitpunkt der Verlängerung des Syndikats wird als unverändert gegenüber jenem zum Zeitpunkt der Gründung des Syndikats unterstellt. Das ist unzulässig und verstärkt die Gefahr, Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, die unabhängig vom Kartell eintreten, als positive Auswirkung des Kartells anzusehen, z. B. Kostensenkungen durch bessere Kapazitätsauslastung, wenn die Absatzausweitung von einer allgemeinen Nachfragesteigerung nach dem entsprechenden Produkt ausgelöst ist, oder auch Kostensenkungen aufgrund niedrigerer Preise der Produktionsfaktoren.

Ein solcher zwischenzeitlicher Vergleich läßt eine eindeutige Trennung zwischen den Auswirkungen des Syndikats und den vom Syndikat unabhängigen Änderungen der Marktlage nicht zu. Folglich muß bei der Frage, ob der erwartete Rationalisierungserfolg auch eingetreten ist, der tatsächlich bestehende kartellierte Zustand zum Zeitpunkt der Prüfung des Verlängerungsantrags mit jenem verglichen werden, der sich zum gleichen Zeitpunkt ergeben hätte, wenn der Wettbewerb unbeschränkt wäre.

2. Dieser Vergleich alleine genügt aber noch nicht. Sollte er für das Syndikat positiv ausfallen, so besagt diese Beurteilung, daß sich die Genehmigung des Syndikats auch nachträglich als gerechtfertigt heraus-

²⁵ Vgl. WuW/E BKartA 695 (699) „Kali II“; WuW/E BKartA 1175 (1176) „Kali III“; WuW/E BKartA 602 (604) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 662 (663) „Niedersächsische Kalkwerke II“; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 17.

stellt, da erwarteter und tatsächlich erreichter Rationalisierungserfolg übereinstimmen. Für eine Verlängerung des Syndikats reicht das nicht aus. Dazu muß die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung mit und ohne Wettbewerbsbeschränkung einbezogen werden und nur dann, wenn auch dieser Vergleich zugunsten des Syndikats ausfällt, ist die Verlängerung gerechtfertigt.

Noch größere Schwierigkeiten können bei der Beurteilung von Altkartellen (§ 106 Abs. 2) auftreten. Hier läßt sich zwar das Marktergebnis im syndizierten Zustand feststellen. Wie aber soll das Marktergebnis unter Wettbewerbsbedingungen bestimmt werden? Bestehen ähnliche, nicht kartellierte Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweiges, können diese zum Vergleich herangezogen werden. Wenn keine oder nicht vergleichbare Außenseiter vorhanden sind, muß ein fiktives Marktergebnis unterstellt werden, wie es sich unter der Voraussetzung freien Leistungswettbewerbs ergeben hätte²⁶.

Bei schon lange praktizierten Syndikaten, die den Markt nachhaltig verändert haben, liegt eine besondere Schwierigkeit darin, Einflüsse, für die zwar die Kartellierung ursächlich ist, die aber nichts mit Rationalisierungsmaßnahmen zu tun haben bzw. negative Rationalisierungseffekte darstellen, zu erkennen und entsprechend zu berücksichtigen. Das gleiche Unternehmen wird bei Syndizierung, die mit entsprechender Marktmacht verbunden ist, andere Angebotsbedingungen, insbesondere andere Kostenstrukturen, aufweisen und anderen Nachfragebedingungen gegenüberstehen als auf einem Wettbewerbsmarkt²⁷. Von den möglichen Rationalisierungserfolgen sind also negative Effekte, für die die Syndikatsbildung ursächlich ist, abzuziehen²⁸. Da bei positiven Rationalisierungserfolgen die objektive Eignung des Kartellvertrages ausreicht, muß auch bei negativen Rationalisierungseffekten die ob-

²⁶ *Deringer* vertritt die Ansicht, daß bei Überläuferkartellen niemals ein Vergleich mit dem Zustand ohne Kartell gezogen werden könne (in: *Gemeinschaftskommentar*, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 57).

Die Schwierigkeiten eines solchen Vergleiches zeigen sich auch in einer recht groben Konstruktion des Bundeskartellamts: Bei schon lange praktizierten Altkartellen, die keine relevanten Rationalisierungserfolge aufzuweisen hätten, könne dies als Indiz für eine mangelnde Eignung gelten (Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2481, S. 45).

²⁷ Das Bundeskartellamt hat z.B. beim Kalisyndikat die tatsächlichen Kosten des Syndikats hypothetischen (vom Syndikat selbst errechneten) Kosten gegenübergestellt, wie sie sich ergeben würden, wenn Vertrieb, Forschung und Beratung ohne Kartellzusammenschluß von jedem Unternehmen selbständig betrieben werden (WuW/E BKartA 695 [698 ff.] „Kali II“). Damit unterstellt man, daß unter Wettbewerbsbedingungen die gleichen Verhältnisse wie im kartellierten Zustand herrschen mit dem einzigen Unterschied, daß bei unbeschränktem Wettbewerb bestimmte Teilfunktionen von jedem Unternehmen einzeln ausgeübt werden.

²⁸ *Segelmann*, Frank: WuW 1964,13; siehe auch WuW/E BKartA 732 (735) „Superphosphat II“.

jektive Eignung des Kartellvertrages, solche Effekte hervorzurufen, genügen.

Als Beispiel für die aufgezeigten Schwierigkeiten sei der Preisvergleich herausgegriffen. Handelt es sich etwa um ein Überläuferkartell, dann muß der Syndikatspreis mit dem Wettbewerbspreis verglichen werden. Da § 5 Abs. 2 und 3 ausnahmsweise von einer Wettbewerbsbeschränkung ein besseres Marktergebnis erwartet als unter Wettbewerbsbedingungen, darf der Syndikatspreis nicht über dem Wettbewerbspreis liegen bzw. muß er niedriger sein, sofern der Rationalisierungserfolg nicht auf andere Weise an die Nachfrage weitergegeben wird (bessere Bedarfsbefriedigung in § 5 Abs. 2 S. 1)²⁹.

Welches aber ist der Wettbewerbspreis und wie läßt er sich bestimmen? Ein zwischenzeitlicher Preisvergleich — Vergleich zwischen dem derzeitigen Preisniveau und jenem vor Konkurrenzbeschränkung — ist aus den oben angeführten Gründen abzulehnen³⁰. Als Ansatzpunkt zur Ermittlung des Wettbewerbspreises den sog. „natürlichen“ Preis zu wählen, der von den Produktions- und Wiederbeschaffungskosten bestimmt wird und dessen Reaktion auf Angebot und Nachfrage den Marktpreis ergeben soll — wie es das Kammergericht in seinem Beschluß vom 28. 1. 64 unternimmt³¹ —, ist mit einem wettbewerblichen Preisbildungs- und Ausleseprozeß nicht zu vereinbaren und ordnungspolitisch verfehlt³². In einem marktwirtschaftlichen System ist kein Platz für eine Garantie der Rückerstattung der Selbstkosten über den Preis und für eine Sicherung des unternehmerischen Besitzstandes³³.

Auch die Gewinnspannen ergeben keinen geeigneten Maßstab zum Vergleich der Preishöhe. Ein „angemessener“ Gewinn läßt nicht den Rückschluß zu, daß der vom Syndikat geforderte Preis nicht über dem Wettbewerbspreis liegt. Die Wettbewerbsbeschränkung kann Struktur und Höhe der Kosten im Vergleich zu freiem Wettbewerb wesentlich verändern. Die Marktmacht des Syndikats bietet die Möglichkeit, überhöhte Kosten im Syndikatspreis durchzusetzen³⁴. Besteht ein Markt

²⁹ Vgl. WuW/E BKartA 656 (659) „Rechtselbische Zementpreise II“.

³⁰ Siehe hierzu auch Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 159. Bei Altkartellen zeigt sich die Unzulässigkeit eines solchen Vergleichs in besonderer Schärfe, wenn man bedenkt, daß einige Syndikate schon jahrzehntelang bestehen.

³¹ WuW/E OLG 641 (643) „Rechtselbische Zementpreise III“.

³² Borchardt, Knut und Wolfgang Fikentscher, a.a.O., S. 62; Schmidt, Ingo: WuW 1965, 473 ff.

³³ So auch Beschluß des BGH vom 17. 5. 65, WuW/E BGH 667 (672) „Rechtselbische Zementpreise IV“.

³⁴ Vgl. Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 159; Schmidt, Ingo: WuW 1965, 483 Anm. 90.

mit gleichen oder dem Verwendungszweck nach ähnlichen Gütern und herrschen auf diesem Markt Wettbewerbsverhältnisse, dann können dessen Preise zum Vergleich mit dem Syndikatspreis herangezogen werden. Der BGH hat als Maßstab die Preise eines Marktes, der vergleichbar, aber durch wirksamen Wettbewerb gekennzeichnet ist, anerkannt³⁵. Dabei sind die für die Preisbildung relevanten Faktoren wie: Grenzkosten, Grenzerlöse, Bedürfnisstruktur der Nachfrage, Höhe der Einkommen, Erwartungen über die Veränderungen dieser Größen auf dem syndizierten Markt und dem Markt mit wirksamem Wettbewerb zu untersuchen und die Ergebnisse miteinander zu vergleichen.

Das „Vergleichsmarktkonzept“ liefert gewisse Anhaltspunkte, unterstellt aber grundsätzlich, daß die Entwicklung auf dem syndizierten Markt unter Wettbewerbsbedingungen in ähnlicher Weise verlaufen wäre wie auf dem Vergleichsmarkt.

Ist kein vergleichbarer Markt, der unter Wettbewerbsbedingungen steht, vorhanden, dann wird die Bestimmung eines fiktiven Wettbewerbspreises in der Marktform der unvollkommenen Konkurrenz mehr als problematisch³⁶. Hier fehlen jegliche Anhaltspunkte zur Errechnung des Preises, der sich unter Wettbewerbsbedingungen ergeben hätte³⁷.

Es zeigt sich, daß die Beurteilung des tatsächlich bestehenden Marktergebnisses gegenüber dem hypothetischen als besser oder schlechter davon bestimmt wird, was man als hypothetisches Marktergebnis unterstellt. Eine exakte Beweisführung stößt auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Der Vergleich zwischen tatsächlichem und hypothetischem wirtschaftlichen Zustand muß sich in hohem Maße auf Schätzungen und Erfahrungssätze stützen³⁸.

II. Partielle Betrachtung der ökonomischen Vorteilhaftigkeit der Wettbewerbsbeschränkung für die Kartellbeteiligten

Im folgenden soll anhand der Spruchpraxis des Bundeskartellamts untersucht werden, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 die

³⁵ Beschluß des BGH vom 17. 5. 65, WuW/E BGH 667 (673) „Rechtselfische Zementpreise IV“.

³⁶ Vgl. *Ohm*, H.: WuW 1955, 24; Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, a.a.O., S. 159.

³⁷ Auch wenn man das Modell der vollständigen Konkurrenz als Vergleichsmaßstab akzeptiert — so *Steindorff*, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 64 f. —, kann es keinen Aufschluß über die Preishöhe geben. Dazu müßten die Faktoren, die die Preisbildung bei vollständiger Konkurrenz bestimmen, quantitativ bekannt sein (was wäre z. B. als Grenzkosten anzunehmen?).

³⁸ So auch *Steindorff*, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 29.

Wertung des Gesetzgebers zwischen freiheitlicher und wirtschafts-politischer Zielsetzung des GWB in dieser Ausnahmeregelung als zutreffend erscheinen lassen.

Es muß geprüft werden, ob § 5 Abs. 2 und 3 und seiner Anwendung durch das Bundeskartellamt nicht eine partielle Betrachtungsweise zugrunde liegt, die eine ökonomische Vorteilhaftigkeit bei den Kartellbeteiligten feststellt, diese auf die gesamte Volkswirtschaft überträgt, ohne die in Teil C dargelegten Störungen und negativen Auswirkungen einer Syndizierung ausreichend zu berücksichtigen.

1. Der Rationalisierungserfolg im Sinne von § 5 Abs. 2

Das Bundeskartellamt versteht in ständiger Spruchpraxis unter Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 die Verwirklichung und konsequente Anwendung des ökonomischen Prinzips.

Rationalisierungsmaßnahmen sind solche Maßnahmen, die geeignet sind, eine wesentliche Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Beziehung herbeizuführen und dadurch gegenüber einem früheren Zustand eine Verbesserung zu erzielen³⁹. Die Hebung der Leistungsfähigkeit bezieht sich — nach Ansicht des Bundeskartellamts — mehr auf die technische Seite des Betriebes⁴⁰ und bedeutet eine „verbesserte Ausbringungsfähigkeit in zeitlicher, mengen- oder wertmäßiger Beziehung“⁴¹. Die Steigerung der Wirtschaftlichkeit berührt mehr die kaufmännische Seite⁴².

In der Zulassungspraxis des Bundeskartellamts liegt der eindeutige Schwerpunkt in der Steigerung der Wirtschaftlichkeit. Als Maßstab für den innerbetrieblichen Rationalisierungserfolg verwendet das Amt das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag⁴³.

³⁹ WuW/E BKartA 79 (84 f.) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 162 (165) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 191 (193) „Norbayerische Basaltunion“; WuW/E BKartA 211 (215) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 322 (327 f.) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 569 (571) „Textilohnveredlung II“; WuW/E BKartA 341 (347) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 434 (439) „Superphosphat“; WuW/E BKartA 1108 „Zementvertrieb Berlin II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960, BT-Drucks. III/2734, S. 25 und für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 18. Ebenso: *Baumbach-Hefermehl*, 8. Aufl., a.a.O., § 5 GWB Anm. 1; *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 1/38 f.; *Langen*, Eugen: WuW 1960, 243; *Rasch*, Harold und Klaus *Westrick*, a.a.O., § 5 Anm. 14.

⁴⁰ WuW/E BKartA 79 (84) „Steinzeugsyndikat“.

⁴¹ WuW/E BKartA 162 (165) „Basaltsyndikat“.

⁴² WuW/E BKartA 79 (84 f.) „Steinzeugsyndikat“.

⁴³ z. B. WuW/E BKartA 79 (84 f.) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 322

Bevor auf die Problematik des Rationalisierungsbegriffs in § 5 Abs. 2 und seiner Interpretation durch das Bundeskartellamt näher eingegangen wird, sollen zunächst die Rationalisierungsregelungen dargestellt werden, die bei den Anträgen auf Erlaubnis der einzelnen Syndikate die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 in der Anwendung durch das Bundeskartellamt erfüllen.

Die vom Bundeskartellamt anerkannten Rationalisierungsmaßnahmen lassen sich im wesentlichen zurückführen auf: 1. Produktions- und Absatzlenkung im Sinne einer besseren Anpassung des Angebots an die Nachfrage; 2. Verbilligung des Angebots. Diese Rationalisierungserfolge werden begründet mit der Lenkungsfunction und dem Marktüberblick des Syndikats.

a) Produktionsbereich

aa) Auftragslenkung des Syndikats

Im Produktionsbereich werden als wesentlichste Rationalisierungserfolge im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 anerkannt: verbesserte Kapazitätsausnutzung und gleichmäßigere Beschäftigung, damit also Ausgleich der Beschäftigung in mengenmäßiger und zeitlicher Hinsicht⁴⁴. Als Begründung wird lediglich auf die Steuerungs- und Ausgleichsfunktion des Syndikats verwiesen.

Damit wird unterstellt: 1. daß bei unbeschränktem Wettbewerb eine optimale Kapazitätsauslastung nicht erreicht wird und 2. daß eine zentrale Auftragslenkung, die durch die Andienungspflicht ermöglicht wird, ausreicht, um eine gegenüber dem Zustand freien Wettbewerbs bessere Kapazitätsauslastung und kontinuierliche Beschäftigung, eine

(328) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 549 (555) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 1108 f. „Zementvertrieb Berlin II“. Das Verhältnis von Ertrag zu Aufwand bzw. von Ertrag zu Kosten wird vom Bundeskartellamt nicht einheitlich als Maßstab für den innerbetrieblichen Rationalisierungserfolg verwandt, also um die Steigerung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit zu messen, sondern häufig nur als Maßstab für die Wirtschaftlichkeit (z. B. WuW/E BKartA 79 (84 f.) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 104 (109) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 162 (165) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 (216) „Tomasphosphat“). Das erklärt sich wohl daraus, daß der Steigerung der Wirtschaftlichkeit bei der Prüfung der Rationalisierung größere Bedeutung zukommt. Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag als Maßstab für den Rationalisierungserfolg nennen auch: Mayer-Wegelin, Heinz, a.a.O., § 5 Anm. 2; Dörinkel, Wolfram: NJW 1965, 2321.

⁴⁴ WuW/E BKartA 162 (166 f.) „Basaltsyndikat“ und WuW/E BKartA 602 (604 f.) „Basaltsyndikat II“; WuW/E BKartA 191 (193 f.) „Nordbayerische Basaltunion“ und WuW/E BKartA 667 „Nordbayerische Basaltunion II“; WuW/E BKartA 224 (231) „Niedersächsische Kalkwerke“; WuW/E BKartA 341 (347 f.) „Ruhrstickstoff“ und WuW/E BKartA 916 (920 f.) „Ruhrstickstoff III“; WuW/E BKartA 668 (672) „Bleiweiß“; WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“.

bessere Anpassung des Angebots an die Nachfrage, zu erzielen und somit zur Senkung der Produktionskosten (geringere durchschnittliche Fixkostenbelastung) beizutragen.

Folgerichtig bezeichnet es das Bundeskartellamt als Aufgabe eines Syndikats, den Ausgleich zwischen einem gleichmäßigen Angebot und unterschiedlichen Nachfragemengen herbeizuführen⁴⁵.

Diese Fähigkeit des Syndikats, eine gleichmäßige Beschäftigung zu gewährleisten, wird beim Kalisyndikat auch ausdrücklich auf die Investitionspolitik ausgedehnt. Der Kartellvertrag sei geeignet, die Kapazitätsausweitung der einzelnen Unternehmen laufend der Bedarfssteigerung anzupassen und dadurch Überkapazitäten zu vermeiden⁴⁶.

Eine bemerkenswerte Ausnahme bilden die Zemententscheidungen. Hier vertritt das Bundeskartellamt die Ansicht, daß die zentrale Auftragslenkung nicht generell eine bessere Kapazitätsauslastung erreichen kann, da der Umfang der Lieferaufträge von der Art der Auftragsverteilung nicht berührt wird. Denn das Syndikat kann einem Kartellmitglied nur dann mehr Aufträge zuleiten, wenn andere Mitglieder entsprechend weniger erhalten. Damit beinhaltet jedoch die Auftragslenkung lediglich eine Umverteilung der Aufträge, nicht aber eine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2⁴⁷.

Dieser Ansicht ist grundsätzlich zuzustimmen. Selbst dann, wenn bei einem oder mehreren Betrieben ohne zentrale Auftragslenkung eine Kapazitätsauslastung eintreten würde, die das Optimum übersteigt und daher mit erhöhten Kosten verbunden wäre, und bei einem oder mehreren Betrieben eine optimale Auslastung der Kapazität noch nicht erreicht ist, würde ein Ausgleich durch eine zentrale Auftragslenkung keinen Rationalisierungserfolg im Sinne von § 5 Abs. 2 bedeuten. Denn es kann sich doch nur um eine kurzfristige Maßnahme handeln zum Ausgleich kurzfristiger Beschäftigungsschwankungen. Hält nämlich dieser Zustand langfristig an, dann müßte die Kapazität der überbeschäftigten Betriebe entsprechend erweitert, die der unterbeschäftigten eingeschränkt werden. Ein langfristiger Ausgleich in der

⁴⁵ WuW/E BKartA 916 (920) „Ruhrstickstoff III“.

⁴⁶ WuW/E BKartA 104 (109) „Kalisyndikat“ und WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“. Beim Syndikat der Niedersächsischen Kalkwerke genügt nach Ansicht des Bundeskartellamts ein gemeinsamer Erfahrungsaustausch, um zweckentsprechende Investitionen anzuregen und Kapitalfehlleitungen zu vermeiden (WuW/E BKartA 224 [231]).

⁴⁷ WuW/E BKartA 1001 (1004) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1014) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1035 (1038) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1131 (1135) „Westfälische Zementwerke II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 18.

oben beschriebenen Weise würde einen negativen Rationalisierungseffekt, eine Subventionierung kostengünstig produzierender Betriebe bedeuten, da eine langfristige Unterbeschäftigung einzelner Betriebe bei gleichzeitiger langfristiger Überbeschäftigung anderer innerhalb des Syndikats nur auf einer unrationelleren Produktionstechnik der Betriebe mit unteroptimaler Kapazitätsauslastung beruhen kann.

Eine bessere Kapazitätsauslastung würde voraussetzen: entweder eine Stillegung unrationell arbeitender Betriebe⁴⁸, also die planmäßige Bereinigung der Kapazitäten entsprechend dem Nachfragevolumen, oder aber eine Absatzausweitung. Zutreffend verweist das Bundeskartellamt auf die beiden wettbewerbskonformen Mittel: einer entsprechenden Investitionspolitik und einer individuellen Preispolitik zur Steigerung der Nachfrage⁴⁹.

Die zentrale Auftragslenkung dient nur als Instrument zur Ausschaltung des typisch unternehmerischen Risikos, das mit Nachfrageschwankungen verbunden ist. Jedes Unternehmen steht dem Problem der Nachfrageschwankungen und deren Auswirkungen auf den Auslastungsgrad der Kapazität gegenüber, und jedes Unternehmen muß diesem Gesichtspunkt bei Investitionen Rechnung tragen. Ebenso bedeutet die moderne Produktionstechnik für die meisten Industriezweige hohe fixe Kosten⁵⁰.

Da die zentrale Auftragslenkung eines Syndikats weder eine optimale Kapazitätsauslastung erreicht noch ihr tatsächlich dient, ist der Tatbestand der Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 nicht erfüllt. Damit erübrigt sich der Hinweis, daß eine Kartellierung zum Ausgleich kurzfristiger Nachfrageschwankungen nicht zulässig ist, da Konjunkturkrisenkartelle nach dem GWB nicht erlaubnisfähig sind⁵¹. Denn die Nachfrageschwankungen werden durch eine zentrale Auftragslenkung nicht beseitigt.

Die Auffassung, die zentrale Auftragslenkung eines Syndikats bedeute nur eine Umverteilung der Aufträge, nicht aber eine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2, hat sich in der weiteren Spruchpraxis des Bundeskartellamts nicht durchgesetzt. Es wird weiterhin angenommen, daß die zentrale Auftragslenkung grundsätzlich einen Rationalisierungserfolg herbeiführen kann, auch wenn er im konkreten Einzelfall nicht gegeben ist⁵².

⁴⁸ Im Rahmen eines Syndikats tauchen dann aber Abfindungszahlungen als kostenerhöhende Faktoren auf.

⁴⁹ WuW/E BKartA 400 (410) „Süddeutsche Zementwerke“.

⁵⁰ Heuss, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 50 bis 53.

⁵¹ Vgl. Eckstein, Wolfram, a.a.O., S. 112 f./117 f.

⁵² WuW/E BKartA 732 (734 f.) „Superphosphat II“; WuW/E BKartA 1055

Allerdings scheint sich ein Wandel in der Bewertung von Faktoren anzubahnen, die diesem angenommenen Rationalisierungserfolg entgegenstehen können. Vor allem Quotenvereinbarungen, die den wesentlichen Bestandteil der Produktions- und Auftragssteuerung bilden, werden vom Bundeskartellamt zunehmend skeptischer beurteilt⁵³. Das Amt vertritt zwar weiterhin die Auffassung, daß eine Quotenvereinbarung bei Vollbeschäftigung Rationalisierungserfolge nicht nachhaltig beeinflusse. Von einer Absatzquotierung bei bestehenden Überkapazitäten werden aber negative Rationalisierungseffekte erwartet⁵⁴.

Bei nachhaltigem Nachfragerückgang könne der durch die Quotenregelung bedingte gleichmäßige Beschäftigungsrückgang dazu führen, daß unwirtschaftlich arbeitende Betriebe erhalten bleiben, der Ausleseprozeß also behindert wird und überhöhte Kosten entstehen. Die Gefahr steigender durchschnittlicher Fixkosten und dadurch auch steigender Preise werde von einem vereinbarten Mengenausgleich

(1062 f.) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“. Nach Ansicht des Bundeskartellamts bewirkt die Produktions- und Auftragslenkung eines Syndikats noch weitere Rationalisierungserfolge, nämlich die Einsparung von Lagerkosten (WuW/E BKartA 79 [85] „Steinzeugsyndikat“ und WuW/E BKartA 1079 [1081] „Steinzeug III“; WuW/E BKartA 162 [167] „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 [216] „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 224 [231] „Niedersächsische Kalkwerke“; WuW/E BKartA 341 [349] „Ruhrstickstoff“ und WuW/E BKartA 916 [920] „Ruhrstickstoff III“; WuW/E BKartA 602 [606] „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 668 [671] „Bleiweiß“; WuW/E BKartA 695 [698] „Kali III“; WuW/E BKartA 965 [972] „Teer-Erzeugnisse“). Die Produktion auf Lager überbrückt das zeitliche Auseinanderfallen von Produktions- und Absatzmengen. Sie wird weitgehend vom Ausmaß der Nachfrageschwankungen und deren Einfluß auf den Beschäftigungsgrad bestimmt. Wenn man dem Syndikat die Fähigkeit zuschreibt, eine kontinuierliche Beschäftigung durch bessere Anpassung des Angebots an die Nachfrage zu erreichen, ist es nur konsequent, als Folge der gleichmäßigeren Beschäftigung eine geringere Lagerhaltung und dadurch auch niedrigere Kosten anzunehmen.

⁵³ Das gilt jedoch weniger für Verlängerungsbeschlüsse. z. B. wird im Verlängerungsbeschluß des Syndikats der Niedersächsischen Kalkwerke die Auftragsverteilung entsprechend der vereinbarten Richtwerte (unter Vorangstellung der Verbraucherwünsche) als Rationalisierungserfolg wegen der dadurch erzielbaren gleichmäßigen Beschäftigung und damit Senkung der Produktionskosten anerkannt (WuW/E BKartA 662 [664] „Niedersächsische Kalkwerke II“). Vgl. auch WuW/E BKartA 341 (348 f.) „Ruhrstickstoff“: hier wird die gleichmäßige Beteiligung am Versand als gleichmäßige Beschäftigung und damit Rationalisierungserfolg gewertet; allerdings sei keine echte Quotenregelung getroffen.

⁵⁴ WuW/E BKartA 732 (735) „Superphosphat II“. Vgl. auch Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 17: Gewisse Beobachtungen würden darauf hindeuten, daß bei Syndikaten, die zum Zeitpunkt ihrer Erlaubnis die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 und 3 erfüllten, die nachgewiesenen Rationalisierungserfolge bei stagnierender oder sinkender Nachfrage von den negativen Effekten einer Quotenvereinbarung, insbesondere durch die Beschäftigung submarginaler Kartellbetriebe, aufgezehrt würden. Dann müßten die Syndikate mit ihrer Auflösung im Wege der Mißbrauchsaufsicht rechnen.

noch verstärkt⁵⁵. Die Quotenvereinbarung wirke also einer möglichst optimalen Kapazitätsauslastung entgegen. Sie verstärke oder schaffe sogar erst Überkapazitäten, wenn bei einer Verlängerung des Kartellvertrages ein Quotenkampf entbrennt⁵⁶.

Gegen diese Qualifizierung der Quotenvereinbarung bei Vollbeschäftigung als „neutral“ bestehen Bedenken⁵⁷. Denn auch hier bedeutet eine Absatzquotierung bei gegebenem Kartellverhalten, daß die Anteile der einzelnen Kartellmitglieder am Gesamtabatz des Syndikats gesichert sind und daß eine unterschiedliche Entwicklung in der Leistungsfähigkeit nicht oder höchstens verzögert in einer Veränderung der Marktanteile zum Ausdruck kommt. Auch bei steigender Nachfrage erscheint daher eine Quotenvereinbarung geeignet, ein gegenüber freiem Wettbewerb überhöhtes Kostenniveau zu fördern. Außerdem muß beachtet werden, daß Quotenvereinbarungen bei Vollbeschäftigung dazu dienen können, um für den Fall eines Nachfragerückgangs gegen Preissenkungen gewappnet zu sein⁵⁸.

Folglich widerspricht eine Quotenregelung grundsätzlich dem Rationalisierungsprinzip des § 5 Abs. 2, unabhängig von der Marktlage, wenn auch bei Überkapazitäten ihre Nachteile massiver in Erscheinung treten.

Quotenvereinbarungen wären nur dann trotz ihrer negativen Auswirkungen gerechtfertigt, wenn die zentrale Auftragslenkung entsprechend bedeutende Rationalisierungserfolge erbringen würde und Quotenregelungen zur Erreichung dieser Rationalisierungsziele als wesentlicher Bestandteil der Auftragslenkung unerlässlich wären⁵⁹.

Für die bessere zeitliche Anpassung des Angebots an die Nachfrage im Sinne einer gleichmäßigeren Beschäftigung gelten ähnliche Überlegungen wie für die grundsätzlich der lenkenden Tätigkeit des Syn-

⁵⁵ WuW/E BKartA 549 (554) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 1011 (1016) „Zementkontor Unterelbe“.

⁵⁶ Vgl. insbesondere WuW/E BKartA 400 (412) „Süddeutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 434 (441) „Superphosphat“ und WuW/E BKartA 732 (735) „Superphosphat II“; WuW/E BKartA 549 (553 ff.) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 1011 (1014 f.) „Zementkontor Unterelbe“.

⁵⁷ Siehe zu den möglichen Folgen einer Quotenvereinbarung S. 66 ff./73 f. ⁵⁸ Diesen Einwand macht das Bundeskartellamt selbst geltend in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 17.

Grundsätzliche Bedenken gegen Quotenvereinbarungen, also nicht nur für den Fall der Unterbeschäftigung, im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 14.

⁵⁹ Als weitere Faktoren, die einer Auftragslenkung im Sinne einer optimalen Kapazitätsauslastung entgegenlaufen, nennt das Bundeskartellamt: Kundenwünsche und Auswahl des frachtgünstigsten Werkes; z. B. WuW/E BKartA 549 (553) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 1011 (1014) „Zementkontor Unterelbe“.

dikats zugeschriebene bessere Kapazitätsauslastung. Das Problem saisonaler Nachfrageschwankungen läßt sich mit einer Auftragsverteilung entsprechend der Quote nicht lösen. Sie ändert nichts an der saisonbedingten Über- bzw. Unterbeschäftigung der Werke, sondern wirkt eher der im Wettbewerb gegebenen Möglichkeit, durch eine elastischere Preispolitik die Beschäftigungsschwankungen wenigstens zu mildern, entgegen⁶⁰. Es liegt also auch hier nur eine Umverteilung, eine Marktstabilisierung durch Marktmacht, nicht aber eine Rationalisierung vor⁶¹.

Weiter wird vom Bundeskartellamt als Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 die Zusammenfassung der Liefermöglichkeiten anerkannt, die es gestatte, Großaufträge, die die Kapazität eines Werkes übersteigen, anzunehmen. Daher könne ein Syndikat auch kurzfristige und umfangreiche Käufe fristgerecht befriedigen⁶². Hier handelt es sich nicht um eine Erweiterung der Betriebsgröße, die unter Umständen eine Senkung der Produktionskosten herbeiführen kann, sondern nur um die Zusammenfassung der Angebotsmengen im Rahmen des Syndikats. Das aber ist sonst Aufgabe des Handels⁶³.

Der gleiche Einwand gilt gegenüber der Beschränkung der Sortenauswahl als Rationalisierungsmaßnahme im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1⁶⁴. Die durch die Auftragslenkung des Syndikats ermöglichte Beschränkung der Sorten und Typen bei den einzelnen Werken führe zu einer größeren Ausbringungsmenge pro Sorte bzw. Type, damit zur besseren

⁶⁰ So bemerkt das Bundeskartellamt zur Saisonabhängigkeit der Zementindustrie, daß die Zementkartelle die Möglichkeit, Rabatte in den beschäftigungsschwachen Zeiten zu gewähren, um den Absatz zu beleben, nie genutzt hätten, „ein Wirtschaftsprinzip, daß sie nur durch die Marktmacht eines Kartells haben aufrechterhalten können“ (WuW/E BKartA 400 [409] „Süddeutsche Zementwerke“).

⁶¹ Das Bundeskartellamt erkennt zwar auch hier die Möglichkeit grundsätzlich an, durch gezielte Auftragsverteilung das Angebot einer saisonal schwankenden Nachfrage besser anzupassen, kommt aber in den Zemententscheidungen zu ähnlichen Ergebnissen; vgl. WuW/E BKartA 400 (413) „Süddeutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 1001 (1004) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1014) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1131 (1135 f.) „Westfälische Zementwerke II“.

⁶² WuW/E BKartA 241 (245) „Terrazzo“; WuW/E BKartA 341 (347 f.) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 602 (604 f.) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 667 „Nordbayerische Basaltunion II“; WuW/E BKartA 965 (972) „Teer-Erzeugnisse“. Grundsätzlich anerkannt, wenn auch in den speziellen Entscheidungen als nicht gegeben angenommen: WuW/E BKartA 400 (418) „Süddeutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 549 (560 f.) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 773 (783) „Montanzement“.

⁶³ So auch Bundeskartellamt speziell in bezug auf die Zementindustrie: WuW/E BKartA 549 (560) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 773 (783) „Montanzement“.

⁶⁴ Spezialisierungssyndikate gemäß § 5 a bleiben im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt.

Auslastung der Kapazität, vermindere die Absatzschwankungen für die verschiedenen Sorten, verringere auch die erforderlichen Lagerkapazitäten und bedeute folglich eine Kostenersparnis. Die steuernde Funktion des Syndikats erlaube also durch die Beschränkung der Sorten- und Typenherstellung bei den einzelnen Werken die Vorteile der Massenproduktion zu nutzen und ermögliche somit niedrigere durchschnittliche Fixkosten des einzelnen Kartellmitglieds als im Wettbewerb, wenn jedes Unternehmen gezwungen sei, das volle Sortiment anzubieten⁶⁵.

Es erscheint sehr fraglich, ob diese Kostensenkung als Begründung zur Genehmigung eines Syndikats herangezogen werden kann. Nach § 5 Abs. 3 S. 1 muß die Verwirklichung des Rationalisierungszwecks nur durch die Bildung eines Syndikats erreichbar sein, nicht aber auch auf andere Weise, d. h. mit einer geringeren oder ohne Wettbewerbsbeschränkung. Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kann die Erlaubnis nicht erteilt werden⁶⁶.

Die Sortimentsbildung wie auch die Zusammenfassung des Angebots sind sonst Aufgabe des Handels. Nach Ansicht des Bundeskartellamts erfüllen die genehmigten Syndikate diese Funktion besser und billiger als der selbständige Handel⁶⁷. Es fehlt aber jegliche Erörterung darüber, ob nicht erst die Existenz der Syndikate — es handelt sich hier überwiegend um Altkartelle — zur Funktionsunfähigkeit und zum Ausschluß des Zwischenhandels geführt hat⁶⁸. Denn es ist doch eigentümlich, daß typische Handelsfunktionen dem Syndikat eingegliedert werden. Diese Tatsache legt die Frage nahe, ob nicht die Funktionsfähigkeit eines Verkaufskartells die Einbeziehung der Handelsfunktionen erfordert.

Jedenfalls sind die Maßnahmen zur Steuerung der Produktion, die vom Bundeskartellamt als Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 anerkannt werden, typische Lenkungenfunktionen eines Syndikats, die

⁶⁵ WuW/E BKartA 79 (85) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 104 (109) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“; WuW/E BKartA 1175 (1176) „Kali III“; WuW/E BKartA 162 (166) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 191 (193) „Nordbayerische Basaltunion“; WuW/E BKartA 241 (245) „Terrazzo“; WuW/E BKartA 341 (348) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 916 (920) „Ruhrstickstoff III“.

⁶⁶ Vgl. z. B. WuW/E BKartA 1035 (1036) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1051 (1052) „Westdeutsche Düngekalkwerke“.

⁶⁷ z. B. WuW/E BKartA 79 (89) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 162 „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 241 (248) „Terrazzo“.

⁶⁸ Vgl. Lenel, Hans Otto: Syndikate als Mittel der Rationalisierung, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 175, Stuttgart 1963, S. 120.

den Wettbewerbsausschluß zwischen den Kartellmitgliedern garantieren, eine Rationalisierung tatsächlich aber nicht herbeiführen.

bb) Marktübersicht

Bei der Steuerung der Produktion im Sinne einer reibungsloseren Anpassung des Angebots an die Nachfrage wird unterstellt, daß ein Syndikat einen besseren Marktüberblick besitzt als jedes einzelne Unternehmen bei unbeschränktem Wettbewerb.

Die dem Syndikat zugeschriebene größere Marktübersicht bedeutet genauere Kenntnis der Marktdaten und deren Veränderungen, würde also wirtschaftlichere Dispositionen ermöglichen.

Zweifellos erhöht sich die Transparenz der Angebotsseite für das einzelne Kartellmitglied, um so mehr, je umfassender das Angebot des betreffenden Marktes an der Syndizierung beteiligt ist. Das Syndikat vermittelt seinen Mitgliedern die Kenntnis von Produktionskapazitäten und -mengen, Aufträgen, Umsätzen etc. Dazu wäre aber kein Syndikat erforderlich, z. B. würden Marktstatistiken von Verbänden ausreichen. Außerdem steht jedes Unternehmen vor der Aufgabe, sich die für die Unternehmenspolitik notwendigen Informationen zu verschaffen. Für die Kartellmitglieder ist daher nicht entscheidend, daß die Angebotsbedingungen transparenter sind, sondern daß die Ungewißheit über die Absatzpolitik der (ehemaligen) Mitbewerber beseitigt wird⁶⁹, also insbesondere Verkaufspreise und Entwicklung der Marktanteile bekannt sind und abgestimmt werden, da ja der gesamte Absatz zu einheitlichen Bedingungen über die gemeinsame Verkaufsstelle abgewickelt wird⁷⁰. Diese Wirkung läßt sich allerdings nur mit einer Wettbewerbsbeschränkung erreichen. Das kann aber nicht der von § 5 Abs. 2 geforderte Rationalisierungserfolg sein⁷¹. Vielmehr ist diese Markttransparenz der

⁶⁹ Siehe hierzu die Diskussion über Markttransparenz und Preismeldestellen: *Behrens*, Friedrich-Stephan: WRP 1965, 354 ff.; ders.: WRP 1966, 194 ff.; *Deringer/Tessin*: DB 1963, 19; *Griesbach*, Bernhard: DB 1961, 1621 ff.; *Hoppmann*, Erich: WuW 1966, 97 ff.; ders.: WRP 1966, 300 ff.; *Krahe*, F.: BB 1967, 1025 f.; *Menze*, Hubert: WuW 1963, 578 ff.; *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 313 ff.; *Phlips*, Louis: WuW 1964, 207 ff.; *Poeche*, Jürgen: WRP 1965, 348 ff.; *Schmidt*, Ingo: WuW 1963, S. 103 ff.; *Schulz*, Karl-Ernst, a.a.O., S. 157 ff.; *Woll*, Artur: Zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Markttransparenz, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Berlin 1967, S. 199 ff.

⁷⁰ Beim Steinzeugsyndikat wurden sogar einheitliche Verkaufs- und Zahlungsbedingungen als Hebung der Wirtschaftlichkeit anerkannt, WuW/E BKartA 79 (85).

⁷¹ Vgl. auch *Lenel*, Hans Otto: Syndikate als Mittel der Rationalisierung, a.a.O., S. 121.

Angebotsseite Bedingung für die Wettbewerbsbeschränkung und beinhaltet gegenüber den Nachfragern einen Vorsprung, der die Voraussetzung für den Einsatz der Marktmacht, für eine Marktbeeinflussung im Sinne des Syndikats bietet.

Unternehmerische Dispositionen, die Fehleinschätzungen über die zukünftige wirtschaftliche Entwicklung begrenzen sollen, setzen vor allem eine bessere Kenntnis der Nachfrageentwicklung voraus⁷². Die Existenz eines Syndikats allein vermittelt jedoch nicht zutreffendere und breitere Informationen der Nachfragebedingungen als bei Wettbewerb, insbesondere auch nicht eine bessere Kenntnis zukünftiger Absatzmöglichkeiten⁷³. Für diese Ansicht sprechen die häufigen Überkapazitäten im Rahmen von Syndikaten, die jedenfalls auch auf einer Überschätzung der Marktchancen beruhen.

Sicherlich mildert der Wettbewerbsausschluß die Abhängigkeit von der Nachfrage in dem Sinne, daß ein Syndikat Veränderungen der Nachfragebedingungen länger Widerstand entgegensetzen und die Anpassung des Angebots verzögern kann.

Mit besserer Kenntnis der langfristigen Nachfrageentwicklung hat das nichts zu tun, sondern nur mit der Ausübung von Marktmacht.

cc) Qualitätskontrolle und -verbesserung

Das Bundeskartellamt hat einige Male die Vereinheitlichung der Qualität, die Verpflichtung zu einer bestimmten Qualitätsleistung und deren Überwachung durch das Syndikat als Rationalisierungsmaßnahme gewertet, die zur Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit

⁷² In WuW/E BKartA 162 (166) „Basaltsyndikat“ wird ausgeführt, daß die Verkaufsstelle aufgrund der besseren Kenntnis der langfristigen Nachfrageentwicklung ihre Mitglieder entsprechend beraten kann, daß Fehlinvestitionen vermieden und marktgerechte Investitionen, die sonst unterbleiben würden, angeregt werden. Worauf diese bessere Kenntnis beruht, wird nicht begründet.

⁷³ Hiergegen spricht auch nicht, daß bei gemeinsamer Marktforschung Kostenersparnisse eintreten könnten, wenn die bei Wettbewerb möglichen Paralleluntersuchungen wegfallen. Zum einen führt nicht jedes Unternehmen im Wettbewerb selbständig Marktuntersuchungen durch, sondern vergibt auch Aufträge an Marktforschungsinstitute, die bei der Durchführung dieser Aufträge Ergebnisse anderer, ähnlicher Untersuchungen verwenden, zum andern ist eine gemeinschaftliche Marktforschung auch ohne Syndizierung möglich (so auch Bundeskartellamt bezüglich gemeinschaftlicher Marktanalyse und -beobachtung in WuW/E BKartA 1131 [1134] „Westfälische Zementwerke II“; vgl. auch WuW/E BKartA 322 [330] „Textilohnveredlung“: Gemeinsame Aussprache über Marktentwicklung sei keine Rationalisierungsmaßnahme, sondern Grundlage für Aufstellung und Weiterentwicklung der Preisliste).

geeignet ist⁷⁴. Diese Argumentation beruht wohl auf der Annahme, daß die einheitliche Qualitätskontrolle eine gleichmäßige Qualität gewährleistet, also den prozentualen Anteil der Ausschußware an der Gesamtproduktion verringert und damit zur Qualitätsverbesserung führt.

Dieser angenommenen Zielsetzung entspricht aber die Qualitätsüberwachung eines Syndikats in keiner Weise. Ein Syndikat kann nur bei ziemlich gleichartigen Produkten gebildet werden. Eine einheitliche Qualität und eine Qualitätskontrolle sind Voraussetzungen für die Möglichkeit und das Bestehen einer kollektiven Preispolitik⁷⁵. Die Kontrolle über die Qualität muß der Syndikatsleitung übertragen werden, um die Funktionsfähigkeit des Syndikats zu erhalten. Da aber der von § 5 Abs. 2 geforderte Rationalisierungserfolg nicht allein die Syndikatsbildung sein kann, beinhalten auch Maßnahmen, die lediglich Voraussetzungen für die Möglichkeit einer Syndizierung schaffen, nicht eine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2. Die Qualitätskontrolle dient damit in erster Linie dem kartellinternen Interessenausgleich.

Besondere Bedeutung erlangt das Argument der Qualitätsverbesserung und -kontrolle in der Zulassungspraxis des Bundeskartellamts nicht.

In den Zemententscheidungen vertritt das Amt die Auffassung, daß ein Syndikat zur Einhaltung einer bestimmten Qualitätsleistung bzw. zur Qualitätsverbesserung durch laufende Überwachung nicht erforderlich sei⁷⁶.

dd) Gemeinsame Forschung

Auch die gemeinschaftliche Forschung wird als Rationalisierungsmaßnahme eines Syndikats nur selten erwähnt⁷⁷. Als Begründung wird verschiedentlich angeführt, daß eine gemeinschaftliche Forschung innerhalb eines Syndikats rationeller zu verwirklichen sei als unter Wettbewerbsbedingungen, da ohne Syndizierung die Errichtung entspre-

⁷⁴ WuW/E BKartA 211 (216) „Thomasphosphat“: Kosteneinsparungen durch Qualitätskontrolle der gemeinsamen Verkaufsstelle; WuW/E BKartA 341 (347) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 434 (439) „Superphosphat“: Verpflichtung zur Beachtung von Qualitätsvorschriften als Rationalisierungsmaßnahme anerkannt.

⁷⁵ Siehe S. 56 f.

⁷⁶ WuW/E BKartA 1001 (1007) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1017) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1035 (1041) „Montanzement II“; in WuW/E BKartA 341 (350) „Ruhrstickstoff“ wird noch der entgegengesetzte Standpunkt vertreten.

⁷⁷ z. B. WuW/E BKartA 695 (698 f.) „Kali II“; WuW/E BKartA 668 (672) „Bleiweiß“.

chender Forschungsstätten und Organisationen für jedes einzelne Unternehmen zusammengerechnet aufwendiger wäre⁷⁸.

In zunehmendem Maße verweist allerdings das Bundeskartellamt darauf, daß zur Durchführung einer gemeinschaftlichen Forschung ein Syndikat nicht erforderlich sei, mögliche Rationalisierungserfolge daher unberücksichtigt bleiben⁷⁹.

Das gleiche muß für einen Erfahrungsaustausch, überbetriebliche Kostenvergleiche, gemeinsame landwirtschaftliche Versuchsstationen etc. gelten⁸⁰.

b) Absatzbereich

Die vom Bundeskartellamt anerkannten Rationalisierungserfolge eines Syndikats beziehen sich überwiegend auf den Absatzbereich. Hier werden insbesondere der zentrale Vertrieb und die Frachtlenkung als Rationalisierungsmaßnahmen eines Syndikats genannt.

aa) Zentralisierung der Vertriebsorganisation

Das Bundeskartellamt bezeichnet den Ersatz unternehmenseigener Vertriebseinrichtungen durch eine gemeinsame Verkaufsstelle als „augenscheinlichste Rationalisierungsmaßnahme der Syndizierung“⁸¹.

Demzufolge wird auch die Senkung der Vertriebskosten bei gleicher Vertriebsleistung durch die zentralisierte Verkaufsorganisation in den meisten Beschlüssen als Rationalisierungserfolg im Sinne von § 5 Abs. 2 angeführt⁸².

⁷⁸ WuW/E BKartA 104 (109) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“; eine ähnliche Begründung wie jene, die die Rationalisierungserfolge durch gemeinschaftlichen Vertrieb darlegen soll (siehe weiter unten).

⁷⁹ z. B. WuW/E BKartA 773 (784) „Montanzement; WuW/E BKartA 1035 (1037) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1001 (1007) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1017) „Zementkontor Untereibe“; WuW/E BKartA 1131 (1136) „Westfälische Zementwerke II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 27 und für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 45.

⁸⁰ In früheren Entscheidungen wurden diese Maßnahmen zum Teil als Rationalisierungserfolge gewertet; z. B. landwirtschaftliche Versuchsstationen in WuW/E BKartA 341 (347) „Ruhrstickstoff“; gemeinsamer Erfahrungsaustausch in WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“ und WuW/E BKartA 695 (702) „Kali II“; nicht als Rationalisierungsmaßnahmen anerkannt in: WuW/E BKartA 322 (330) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 1001 (1007) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1017) „Zementkontor Untereibe“.

⁸¹ WuW/E BKartA 732 (734) „Superphosphat“; WuW/E BKartA 1001 (1003) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“.

⁸² WuW/E BKartA 79 (85) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 104 (108)

Der zentrale Verkauf wird grundsätzlich, losgelöst vom Einzelfall, als Rationalisierungsmaßnahme anerkannt, zunächst ohne jede Einschränkung, während sich im Laufe der weiteren Spruchpraxis des Bundeskartellamts eine gewisse Differenzierung abzeichnet. Eine gemeinsame Vertriebsseinrichtung bedeute zwar meist eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge und führe zu Kosteneinsparungen, reiche aber in der Regel zur Erlaubniserteilung entsprechend § 5 Abs. 2 und 3 allein nicht aus. Vielmehr müßten noch weitere Rationalisierungsmaßnahmen hinzukommen⁸³.

Die mögliche Kostenersparnis durch eine gemeinsame Verkaufsstelle wird nach Ansicht des Bundeskartellamts verringert oder aufgehoben, wenn neben dem gemeinschaftlichen Vertrieb noch eigene Verkaufsorganisationen der Kartellmitglieder bestehenbleiben, da die Zweigleisigkeit des Vertriebs teurer sein könnte als ein ausschließlich unternehmenseigener Vertrieb⁸⁴, und wenn die Verkaufsgemeinschaft nur einen Teil der Vertriebsfunktionen übernimmt, wesentliche Vertriebsfunktionen also weiterhin bei den einzelnen Mitgliedern verbleiben⁸⁵.

Das Bundeskartellamt begründet die Senkung der Vertriebskosten allein mit der Zusammenlegung der Vertriebsseinrichtungen. Die zentralisierte Absatzorganisation verursache einen geringeren Aufwand als unter Wettbewerbsbedingungen, wenn jedes Unternehmen eine eigene Absatzorganisation unterhalte⁸⁶.

Damit wird grundsätzlich unterstellt, daß im Wettbewerb das Optimum im Vertriebsbereich nicht realisiert ist und auch nicht mit der optimalen Betriebsgröße im Produktionsbereich zusammenfällt, das Optimum eines Vertriebsapparats eine größere bzw. kleinere Betriebseinheit erfordert als das Optimum eines Produktionsapparats⁸⁷. Durch

„Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 162 (166) „Basaltsyndikat“ und WuW/E BKartA 602 (606) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 (215) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 224 (231 f.) „Niedersächsische Kalkwerke“; WuW/E BKartA 341 (348) „Ruhrstickstoff“ und WuW/E BKartA 916 (920) „Ruhrstickstoff III“; WuW/E BKartA 668 (671) „Bleiweiß“; WuW/E BKartA 965 (970/972) „Teer-Erzeugnisse“; auch in abgelehnten Erlaubnisansuchen wie z. B. WuW/E BKartA 1051 (1052) „Westdeutsche Düngekalkwerke“; WuW/E BKartA 1055 (1063) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“.

⁸³ WuW/E BKartA 528 (535) „Steinzeug II“; WuW/E BKartA 695 (697) „Kali II“; WuW/E BKartA 817 (820 f.) „Thomasphosphat IV“; vgl. auch Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 45.

⁸⁴ WuW/E BKartA 434 (443 ff.) „Superphosphat“; WuW/E BKartA 732 (734) „Superphosphat II“.

⁸⁵ WuW/E BKartA 549 „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 773 (779 f.) „Montanzement“; WuW/E BKartA 1035 (1037) „Montanzement II“.

⁸⁶ So z. B. WuW/E BKartA 211 (215 f.) „Thomasphosphat“.

⁸⁷ Vgl. *Lenel*, Hans Otto: Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 506.

Ausgliederung der unternehmenseigenen Absatzorganisation soll eine bessere Auslastung des Vertriebsapparats erreicht oder auch die Einführung kostengünstigerer Methoden der Auftragsbearbeitung, die erst ab einem bestimmten Auftragsvolumen rationell einzusetzen sind, ermöglicht werden⁸⁸.

Es ist denkbar, daß auf diese Weise die Vertriebskosten sinken⁸⁹. Man kann aber nicht grundsätzlich davon ausgehen, daß im Wettbewerb das Vertriebsoptimum nicht erreicht wird, daß allein die Zentralisierung des Vertriebs eine wirtschaftlichere Verwendung der eingesetzten Produktionsfaktoren garantiert.

Der notwendige Vergleich zwischen Syndizierung und unbeschränktem Wettbewerb hinsichtlich Vertriebskosten und -leistungen wird vom Bundeskartellamt nur unvollständig durchgeführt. Neben der Zweigleisigkeit des Vertriebs und dem Verbleiben wesentlicher Vertriebsfunktionen bei den einzelnen Kartellmitgliedern müssen noch weitere Faktoren berücksichtigt werden, die Mehraufwendungen verursachen. Bei Neukartellen entstehen zusätzliche Kosten durch die Veränderung des Vertriebsapparats. Die Zentralisierung des Vertriebs kann eine bürokratische und schwerfällige Organisation fördern. Neben der gemeinsamen Verkaufsstelle können die einzelnen Kartellmitglieder weiterhin eine eigene Absatzorganisation aufrechterhalten, wenn sich das Vertragsgebiet nicht mit dem gesamten Absatzgebiet der beteiligten Unternehmen deckt⁹⁰ oder die Kartellerzeugnisse nicht sämtliche von den Kartellmitgliedern produzierten Güter umfassen. Die eigene Absatzorganisation neben der gemeinsamen Verkaufsstelle kann auch dem Ziel dienen, bei Auflösung des Syndikats für den Konkurrenzkampf gerüstet zu sein und für diesen Fall nicht die Verbindung zum Markt zu verlieren.

Der wesentlichste Einwand richtet sich dagegen, daß nicht geprüft wird, warum auf syndizierten Märkten dem selbständigen Handel Vertriebsfunktionen entzogen sind, die dieser unter Wettbewerbsbedingungen in der Regel ausübt⁹¹. Die Ausdehnung des Syndikatsinflusses auf die Handelsstufe durch Übernahme von Vertriebsfunktionen, die im Wettbewerb jedenfalls zum Teil Aufgabe des

⁸⁸ Vgl. *Düesberg*, Peter: WuW 1968, 511.

⁸⁹ So auch *Fricke*, Werner, a.a.O., S. 69; *Mayer*, Leopold, a.a.O., S. 274 f.

⁹⁰ z. B. WuW/E BKartA 191 (193 f.) „Nordbayerische Basaltunion“; das Bundeskartellamt vertritt hier die Ansicht, daß der (nicht unerhebliche) Absatz außerhalb des Vertragsgebietes über eigene Absatzorganisationen dem Rationalisierungserfolg durch Zentralisierung des Vertriebs nicht entgegensteht.

⁹¹ Vgl. zum folgenden: *Düesberg*, Peter: WuW 1968, 511 ff.; *Lenel*, Hans Otto: Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 506 f.

Handels wären, durch Integration von Handelsbetrieben, durch den Aufbau von Werkhandelsgesellschaften oder auch durch die Festsetzung von Mindestbezugsmengen und Mengenrabatten kann rein machtpolitischen Zielen dienen⁹²:

1. Ein möglicher Preiswettbewerb auf der Handelsstufe soll verhindert werden. Denn ein intensiver Wettbewerb auf der Handelsstufe könnte einen Druck auf die Preise der Produzenten ausüben. Die Ausschaltung des Zwischenhandels ist dann ein Mittel, um die Absatzpolitik des Syndikats wirksam und vom Handel ungestört durchsetzen zu können.

Mit der Ausschaltung oder Zurückdrängung des Zwischenhandels wird auch der Ausleseprozeß auf der Handelsstufe ausgeschlossen oder eingeschränkt mit der möglichen Folge, daß Leistungen, die sonst Aufgabe des selbständigen Handels sind, unwirtschaftlicher erbracht werden, auch dann, wenn die Zentralisierung der Vertriebsorganisation, isoliert betrachtet, also ohne Berücksichtigung der Auswirkungen auf der Handelsstufe, niedrigere Vertriebskosten verursachen würde.

⁹² Siehe dazu etwa: WuW/E BKartA 79 (83/90) „Steinzeugsyndikat“; die dem Kalisyndikat erteilte Auflage, jede Beteiligung an bestehenden oder neu errichteten Unternehmen des Düngemittelhandels dem Bundeskartellamt anzuzeigen (WuW/E BKartA 104 [112]).

Vgl. insbesondere die ursprüngliche Fassung des Kartellvertrages und das tatsächliche Marktverhalten des Thomasphosphatsyndikats: Der Vertrieb über die gemeinsame Verkaufsstelle erfaßt neben den Vertragsprodukten die gesamte Importware, ohne daß eine unmittelbare kartellrechtliche Bindung zwischen Syndikat und Importeuren besteht (WuW/E BKartA 211 [219]). Der Export des Syndikats wird ausschließlich über ein Großhandelsunternehmen abgewickelt, dessen Kapital zu 51 % in den Händen von Kartellmitgliedern liegt (WuW/E BKartA 211 [220]). Ziffer V Abs. 1 der Verkaufs- und Lieferbedingungen behält dem Syndikat das Recht vor, über Umfang und Art des Exports der von ihm gelieferten Ware zu entscheiden; Abs. 2 verpflichtet die Abnehmer, beim Weiterverkauf die Frachtgrundlage des Syndikats einzuhalten (WuW/E BKartA 211 [221]). Diese Bestimmungen sind offensichtlich fallengelassen; gegen die Auflage des Bundeskartellamts, diese Bestimmungen ersatzlos zu streichen bzw. abzuändern, ist kein Einspruch eingelegt worden (WuW/E BKartA 211 f.). Gegen die weiteren Auflagen des Bundeskartellamts, die sich vor allem gegen den Vertrieb der Importware und die Ausdehnung der Markttätigkeit des Syndikats auf die Großhandelsstufe richten, war die Beschwerde des Kartells beim Kammergericht erfolgreich (Beschuß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 [573 f.] „Thomasphosphat III“; der Beschuß der Einspruchsabteilung des Bundeskartellamts bestätigte im wesentlichen nur die Auflage, den Handel mit Importware zu unterlassen, WuW/E BKartA 389 [390 ff.] „Thomasphosphat II“). Gegen diesen Beschuß des Kammergerichts hat das Bundeskartellamt Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt. — Die Genehmigung des Verlängerungsantrags ist wiederum mit der Auflage verbunden, den Handel mit Importware zu unterlassen (WuW/E BKartA 817 „Thomasphosphat IV“). Nach der geänderten Fassung des Kartellvertrages betreibt das Syndikat keinen Handel mit kartellfremdem Thomasphosphatmehl. Lieferungen zwischen der Verkaufsstelle und Importeuren sind aufgrund von Mengenaustauschverträgen möglich (WuW/E BKartA 817 [819]).

2. Die Ausschaltung des Zwischenhandels kann sich gegen potentielle Wettbewerber richten, da die Markteintrittskosten erheblich höher sind, wenn kein funktionsfähiger, selbständiger Handel besteht und ein neu auftretender Unternehmer eine eigene Vertriebsorganisation aufbauen muß⁹³.

Auch wenn die Kartellpolitik nicht unmittelbar auf eine Ausschaltung des Zwischenhandels abzielt, vermindern Syndikate die Funktionsfähigkeit des Handels. Durch Syndizierung werden Risiko und Chance des Handels aus Preisschwankungen verringert. Damit entfällt aber auch der Anreiz, die zeitliche und räumliche Ausgleichsfunktion wahrzunehmen. Diese Aufgabe übernimmt dann wiederum das Syndikat⁹⁴. Daher ist es in syndizierten Wirtschaftszweigen durchaus möglich, daß die Handelsrabatte nicht mehr den Leistungen entsprechen, die der Handel tatsächlich erbringt, mit der weiteren Folge eines auch aus diesem Grunde überhöhten Verkaufspreises. Insgesamt betrachtet erscheint die grundsätzliche Annahme, die Zentralisierung der Vertriebsorganisation bedeute eine Ersparnis von Vertriebskosten, sehr zweifelhaft.

bb) Absatz von Kuppelprodukten

Der Absatz von Kuppelprodukten durch ein Syndikat wird in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts überwiegend als Rationalisierungsmaßnahme anerkannt⁹⁵.

Die Besonderheit der Kuppelproduktion liegt darin, daß im gleichen Produktionsprozeß zwangsläufig mehrere Erzeugnisse hergestellt werden müssen. Das Problem der fehlenden Angebotsflexibilität hinsichtlich des Nebenprodukts, wenn dessen Menge mit technischer Notwendigkeit von der Produktionsmenge des Hauptprodukts abhängt, läßt sich auch durch Syndizierung nicht beseitigen. Eine Steuerung der Produktion im Sinne einer besseren Anpassungsfähigkeit an die Nachfrage ist dann nicht möglich, Rationalisierungsmaßnahmen eines Syndikats können also nur den Vertriebsbereich betreffen.

⁹³ Siehe hierzu S. 64.

⁹⁴ Und wird dann wieder als Rationalisierungserfolg des Syndikats genannt; siehe S. 89 ff.

Vgl. auch Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 260. Lenel kommt zu dem Ergebnis, ein leistungsfähiger, wirtschaftlich selbständiger Handel sei grundsätzlich eine Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit eines Marktes (ebd., S. 269).

⁹⁵ z. B. WuW/E BKartA 211 (213/215) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 224 (231 f.) „Niedersächsische Kalkwerke“; WuW/E BKartA 341 (348 f.) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 965 (970) „Teer-Erzeugnisse“; WuW/E BKartA 1073 (1074) „Basaltsyndikat III“.

Bei Kuppelprodukten sind Rationalisierungserfolge durch Zentralisierung des Vertriebs ebenso fragwürdig wie beim Vertrieb des Hauptprodukts durch eine zentrale Absatzorganisation. Nur muß hier noch stärker bezweifelt werden, ob unter Wettbewerbsbedingungen jedes Unternehmen eine vollständige, individuelle Vertriebsorganisation für das Nebenprodukt aufbaut⁹⁶. Das gilt insbesondere dann, wenn das Nebenprodukt nur in geringen Mengen anfällt⁹⁷ und die Produktionskosten des Kuppelerzeugnisses kalkulatorisch als Kosten des Hauptproduktes erfaßt⁹⁸ und somit schon über dessen Verkaufspreis vom Markt vergütet werden. Bei unbeschränktem Wettbewerb ist es daher besonders naheliegend, daß der Vertrieb der Kuppelprodukte vom selbständigen Handel übernommen wird.

Die Zentralisierung der Absatzorganisation von Kuppelprodukten dient dann nicht der Rationalisierung, sondern der Regulierung des Marktes entsprechend der Zielsetzung des Syndikats⁹⁹.

cc) Frachtlenkung

Als weiterer bedeutender Rationalisierungserfolg eines Syndikats wird die Frachtlenkung angeführt, eine Auftragsverteilung entsprechend dem jeweiligen frachttugstigen Standort.

Eine Rationalisierung durch Frachtlenkung kann nur dann von Bedeutung sein, wenn es sich um frachtintensive Produkte handelt, die Frachtkosten im Vergleich zum Wert des Erzeugnisses ins Gewicht fallen und die Produktion an einen bestimmten Standort gebunden ist.

Frachtlenkung wird als Rationalisierungsmaßnahme anerkannt innerhalb eines Frankostationspreissystems (bzw. Frachtbasissystems), das in

⁹⁶ Vgl. auch *Düesberg*, Peter: WuW 1968, 507 ff.

⁹⁷ Das Bundeskartellamt stellt in der Genehmigung des Ruhrstickstoffsyndikats fest, daß ein selbständiger Vertrieb in wirtschaftlich lohnender Weise fraglich erscheine, wenn das Nebenprodukt nur in geringen Mengen anfällt (WuW/E BKartA 341 [348]). Es wird aber in keiner Weise begründet, warum der Vertrieb durch ein Syndikat die einzige Alternative zur individuellen Vertriebsorganisation darstellt.

⁹⁸ In WuW/E BKartA 211 (216) „Thomasphosphat“ wird ausdrücklich erwähnt, es sei kartellrechtlich nicht relevant, daß die Kosten der Thomasphosphaterzeugung kalkulatorisch als Kosten der Thomasstahlerzeugung erfaßt werden.

⁹⁹ *Heuss* weist darauf hin, daß Kuppelprodukte einen zusätzlichen Aktionsparameter hinsichtlich der Preis- und Kostenpolitik des Hauptprodukts bedeuten könnten. Wenn sich auf dem Markt des Hauptprodukts eine oligopolistische Verhaltensweise und ein bestimmtes Preisniveau eingespielt habe, könne durch ein Absatz- und Verwertungskartell für das betreffende Nebenprodukt dieser mögliche Einfluß auf die Preispolitik des Hauptprodukts ausgeschaltet werden; in: *Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen*, a.a.O., S. 45.

der Regel mit einem internen Frachtausgleich verbunden ist. Im Rahmen dieses Systems soll die Frachtlenkung Frachtkosten einsparen, da innerhalb des Absatzgebiets die Wahl der Lieferfirma durch das Syndikat nach dem für den Abnehmer günstigsten gelegenen Standort erfolge, so daß unwirtschaftliches Aneinandervorbeifahren von Vertragsware vermieden werde. Diese Argumentation vertritt das Bundeskartellamt zunächst uneingeschränkt und ohne nähere Prüfung des Einzelfalles¹⁰⁰. Inzwischen läßt sich eine zunehmend distanziertere Haltung des Bundeskartellamts gegenüber einer Rationalisierung durch Frachtlenkung und Frankostationspreis feststellen, wenn auch die grundsätzliche Anerkennung eines möglichen Rationalisierungserfolges durch Frachtlenkung bestehenbleibt¹⁰¹.

Folgende Faktoren können diesem angenommenen Rationalisierungseffekt entgegenstehen, ihn mindern oder aufheben: die Berücksichtigung von Abnehmerwünschen und die Einhaltung der Quotenvereinbarung¹⁰², unternehmenseigene Vertriebsorganisation neben der gemeinsamen Verkaufsstelle¹⁰³, die Zusammenballung der Produktionsstandorte innerhalb eines engen Raumes und geringe Frachtdistanz¹⁰⁴, Auftragsverteilung nach Frachtgünst ohne Berücksichtigung der Gesamtkosten¹⁰⁵.

Besonders deutlich zeigt sich die Änderung der Spruchpraxis des Bundeskartellamts in der Beurteilung von Frankostationspreis- und Frachtausgleichssystem. Während noch in der Erlaubniserteilung für das Steinzeugsyndikat die Preisstellung „franko Station“, die Verteilung durchschnittlicher Frachtkosten auf die einzelnen Werke bei gleicher Frachtgesamtbelastung und der dadurch zu erzielende Ausgleich der

¹⁰⁰ z. B. WuW/E BKartA 211 (216) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“.

¹⁰¹ Vgl. WuW/E BKartA 434 (440) „Superphosphat“; WuW/E BKartA 732 (733) „Superphosphat II“; WuW/E BKartA 1001 (1002) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1012) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1055 (1061) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“.

¹⁰² WuW/E BKartA 400 (415 f.) „Süddeutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 1001 (1002 f.) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1012 f.) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1035 (1038) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1055 (1061 f.) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“.

¹⁰³ WuW/E BKartA 732 (733 f.) „Superphosphat II“.

¹⁰⁴ WuW/E BKartA 549 (557 f.) „Westfälische Zementwerke I“; WuW/E BKartA 1001 (1003) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1035 (1037 f.) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1055 (1061) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“.

¹⁰⁵ WuW/E BKartA 1131 (1133) „Westfälische Zementwerke II“; WuW/E BKartA 1001 (1002) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“ und WuW/E BKartA 1011 (1013) „Zementkontor Unterelbe“. In diesen Entscheidungen wird im Grunde eine Rationalisierung durch Frachtlenkung innerhalb eines Syndikats über den konkreten Einzelfall hinaus bezweifelt.

geologischen Standortvorteile und -nachteile als Rationalisierungsmaßnahmen gewertet wurden¹⁰⁶, vertritt das Bundeskartellamt heute die Ansicht, daß Frankostationspreissystem und interner Frachtausgleich allein keine Rationalisierungsmaßnahmen darstellen. Danach gestalten beide Maßnahmen das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag insgesamt nicht günstiger. Die Funktion eines Frankostationspreis- und Frachtausgleichssystems erschöpfe sich darin, Erlöse und Kosten anders als bei unbeschränktem Wettbewerb zu verteilen¹⁰⁷.

Durch das Frankostationspreissystem wird der Preis für die Ware und die Transportleistung zu einem einheitlichen Preis zusammengefaßt, wobei eine durchschnittliche Frachtbelastung zugrunde gelegt wird. Zunächst bedeutet die Preisstellung „franko Station“ einen Fall der geografischen Preisdifferenzierung. Für alle Punkte eines bestimmten Absatzgebiets werden gleiche Lieferpreise trotz unterschiedlicher Transportkosten in Rechnung gestellt. Werknahe Abnehmer müssen höhere, werkferne niedrigere Transportkosten zahlen, als es der effektiven Frachtkostenbelastung entspricht¹⁰⁸.

Ob die dem Frankostationspreissystem innewohnende Preisdifferenzierung juristisch eine Diskriminierung bedeutet und schon aus diesem Grunde gegen das GWB verstößt, ist umstritten. Nach herrschender Meinung wird das Frankostationspreissystem nicht von § 26 Abs. 2 erfaßt, da das Diskriminierungsverbot die Gleichbehandlung gleicher Tatbestände, nicht aber die ungleiche Behandlung ungleicher Tatbestände erfordere¹⁰⁹.

¹⁰⁶ WuW/E BKartA 79 (86) „Steinzeugsyndikat“.

¹⁰⁷ WuW/E BKartA 732 (735 f.) „Superphosphat II“; WuW/E BKartA 773 (783) „Montanzement“ und WuW/E BKartA 1035 (1040) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1001 (1006) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1016 f.) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1055 (1065 f.) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“; WuW/E BKartA 1108 (1110) „Zementvertrieb Berlin II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 18 und für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 45.

In der Begründung zur Verlängerung des Steinzeugsyndikats bleibt es dahingestellt, ob das Frankostationspreissystem als Rationalisierungsmaßnahme im Sinne von § 5 Abs. 2 angesehen werden kann (WuW/E BKartA 1079 [1082] „Steinzeug III“).

¹⁰⁸ Siehe Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 14; vgl. auch *Schneider*, Erich: Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, 7. Aufl., Tübingen 1961, S. 145 Anm. 1.

Möller bezeichnet als üblichste Methode der monopolistischen Preisdifferenzierung die Differenzierung mit Hilfe der Frachtkosten, in: *Kalkulation, Absatzpolitik und Preisbildung*, Nachdruck, Tübingen 1962, S. 184.

¹⁰⁹ So z. B. Urteil des BGH vom 27. 9. 62, WuW/E BGH 502 (507 f.) „Treuhandbüro“; WuW/E BKartA 1079 (1082 ff.) „Steinzeug III“; *Benisch*, Werner im *Gemeinschaftskommentar*, 2. Aufl., a.a.O., § 26 Abs. 2 Anm. 48; *Frankfurter Kommentar*, a.a.O., § 26 Tz. 72. Eine sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung von Abnehmern im Sinne von § 26 Abs. 2 kann

Das Frankostationspreissystem beinhaltet jedoch tatsächlich nicht eine unterschiedliche Behandlung ungleicher Tatbestände, sondern eine ungleiche Behandlung gleicher Tatbestände. Wenn man nämlich die effektiven Frachtkosten berücksichtigt und diese vom einheitlichen Frankostationspreis abzieht, dann zahlen gleichartige Abnehmer für eine Einheit einer gleichen Ware unterschiedliche Ab-Werk-Preise¹¹⁰. Das aber bedeutet eine unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände.

Ökonomisch betrachtet liegt jedenfalls unbestreitbar eine Diskriminierung der Abnehmer vor, die eine Transportleistung bezahlen müssen, die sie nicht in Anspruch genommen haben¹¹¹.

Das Frankostationspreissystem verschärft die Wettbewerbsbeschränkung: es dient zur Absicherung des Preiskartells. Die Preisstellung „franko Station“ bannt die bei frachtintensiven Produkten vorhandene Gefahr, daß der Ausschluß des Wettbewerbs für den Preis der Ware über einen Wettbewerb für den Preis der Transportleistung wieder zu Fall gebracht wird¹¹². Darüber hinaus gewinnt das Frankostationspreissystem Bedeutung als Mittel des kartellinternen Interessenausgleichs. Es führt eine weitere Nivellierung von Wettbewerbsbedingungen herbei, nämlich den Ausgleich der Standortvorteile und -nachteile der Kartellbeteiligten¹¹³. Räumliche Käuferpräferenzen, also der Anreiz für die Abnehmer, beim nächst gelegenen Hersteller zu kaufen, werden ausgeschaltet¹¹⁴. Das aber ist erforderlich, um zu verhindern, daß die Einhaltung der Quotenvereinbarung von der Abnehmerseite her gefährdet wird.

Zu einem Erlösausgleich reicht das Frankostationspreissystem allein nicht aus. Aus der Sicht der Abnehmer sind zwar die Standortvorteile und -nachteile der Produzenten durch dieses Preissystem neutralisiert, aber noch nicht aus der Sicht der Kartellbeteiligten. Denn trotz der im

nach Ansicht des Bundeskartellamts bei Frachtbasen- und Zonenpreissystemen vorliegen (WuW/E BKartA 1035 [1040] „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1131 [1137] „Westfälische Zementwerke II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 14).

¹¹⁰ Vgl. hierzu *Hamm*, Walter: Einheitliche Frankostationspreise als Diskriminierungsinstrument, in: Wettbewerb als Aufgabe, a.a.O., S. 347 ff.

¹¹¹ So auch: WuW/E BKartA 1079 (1084) „Steinzeug III“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1965, BT-Drucks. V/530, S. 13.

¹¹² Siehe z. B. *Fikentscher*, Wolfgang: BB 1956, 794 f.; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 43 f.

¹¹³ So auch *Lenel*, Hans Otto: Syndikate als Mittel der Rationalisierung, a.a.O., S. 118 Anm. 12; siehe hierzu die auf S. 106 Anm. 107 angeführten Entscheidungen des Bundeskartellamts. *Hamm* bezeichnet daher einheitliche Frankostationspreise als nicht wettbewerbskonform (in: Einheitliche Frankostationspreise als Diskriminierungsinstrument, a.a.O., S. 343). Die Durchsetzung dieses Preissystems setzt das Fehlen wesentlichen Wettbewerbs voraus (so auch *Segelmann/Niederleithinger*: WuW 1967, 458).

¹¹⁴ Vgl. *Segelmann/Niederleithinger*: WuW 1967, 456 f.

Preis enthaltenen durchschnittlichen Frachtkosten differieren die Nettoerlöse entsprechend dem jeweiligen, tatsächlichen Frachtaufwand. Um unterschiedliche Nettoerlöse zu vermeiden, muß neben das Frankostationspreissystem noch ein interner Ausgleich der Frachtkosten treten. Der Frachtausgleich ist bei frachtintensiven Produkten zwangsläufige Folge der kollektiven Preispolitik.

Das Frankostationspreissystem und der Frachtausgleich würden nur dann über den kartellinternen Aspekt hinaus auch Rationalisierungseffekte aufweisen, wenn sie zu einer Absatzausweitung und Senkung der durchschnittlichen fixen Kosten beitragen würden und hierzu dieses System unerlässlich wäre. Eine Absatzausweitung durch Frankostationspreise soll darauf beruhen, daß der Absatz in werkfernen Gebieten steigen wird und manche Abnehmer überhaupt erst zum Kauf von Syndikatsprodukten veranlaßt werden, da sie wegen der geringeren Frachtkostenbelastung billiger kaufen können als unter Wettbewerbsbedingungen¹¹⁵. Wenn man aber eine Umsatzsteigerung bei werkfernen Abnehmern annimmt, kann man mit gleichem Recht unterstellen, daß der Absatz bei werknahe Abnehmern zurückgeht, da sie im Preis höhere Frachtkosten, als sie dem tatsächlichen Frachtaufwand entsprechen, übernehmen müssen. Der Frankostationspreis bedeutet für werknahe Abnehmer damit eine Preiserhöhung¹¹⁶. Eine Absatzausweitung müßte zur Voraussetzung haben, daß im werknahe Absatzgebiet die Preiselastizität der Nachfrage relativ gering, im werkfernen Absatzgebiet dagegen relativ groß ist¹¹⁷. Das würde bedeuten, daß zwei verschiedene Teilmärkte mit unterschiedlicher Elastizität der Nachfrage bestehen, so daß die Umsatzsteigerung im werkfernen Absatzgebiet größer ist als der Umsatzrückgang im werknahe Absatzraum¹¹⁸. Wenn diese Voraussetzung im Einzelfall gegeben wäre, würde das Argument der Absatzausweitung durch Frankostationspreise nur unter

¹¹⁵ WuW/E BKartA 79 (86) „Steinzeugsyndikat“: Das Frankostationspreissystem in Verbindung mit einem Frachtausgleich weite das „natürliche“ Absatzgebiet aus. Mit dem natürlichen Absatzgebiet ist wohl gemeint, daß die Größe des Absatzgebiets vom Preis ab Werk und der Höhe des Frachtsatzes abhängt (vgl. hierzu *Schneider*, Erich: Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, a.a.O., S. 77 ff.); ebenso WuW/E BKartA 104 (109) „Kali-syndikat“; als grundsätzlich möglich angenommen in WuW/E BKartA 434 (441) „Superphosphat“.

¹¹⁶ Diese Argumentation vertritt das Bundeskartellamt in WuW/E BKartA 732 (736) „Superphosphat“; WuW/E BKartA 1055 (1066) „Mitteldeutsche Düngekalkwerke“. Auch im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967 verneint das Bundeskartellamt — im Hinblick auf das Zementsyndikat Niedersachsen — eine Absatzsteigerung mit Hilfe des Frankostationspreissystems (BT-Drucks. V/2841, S. 45).

¹¹⁷ Vgl. *Segelmann/Niederleithinger*: WuW 1967, 458 f.

¹¹⁸ Das aber wird in den Fällen, in denen das Bundeskartellamt eine Absatzausweitung annimmt, nicht untersucht.

folgenden, zusätzlichen Bedingungen zutreffen: 1. Der Kartellpreis (Frankostationspreis abzüglich effektiver Frachtkosten) liegt nicht über dem Wettbewerbspreis. 2. Der gesamte Frachtaufwand ist beim Frankostationspreis nicht größer als bei unbeschränktem Wettbewerb. Beide Annahmen sind unrealistisch¹¹⁹.

Eng verbunden mit dem Argument der Absatzausweitung ist jenes, Frachtausgleichssysteme seien unter Umständen geeignet, regionale Monopolstellungen zu verhindern oder zu beseitigen¹²⁰. Zumindest für die Praktizierung eines solchen Systems im Rahmen eines Syndikats trifft diese Ansicht nicht zu. Statt regionaler Einzelmonopolstellungen kann hier ein Kollektivmonopol entstehen, was nicht gerade eine Verbesserung bedeutet. Ein höherer Wettbewerbsgrad — wie er dem Argument der Beseitigung regionaler Monopolmärkte entspräche — kann nicht erwartet werden.

Da also das Frankostationspreissystem in Verbindung mit einem internen Frachtausgleich nur dem Interessenausgleich, der Konsolidierung der Verhältnisse innerhalb des Syndikats dient, wäre eine sachliche Rechtfertigung für dieses System nur daraus herzuleiten, daß die Frachtlenkung des Syndikats Rationalisierungsvorteile erbringt und zur Durchführung der Frachtlenkung das Frankostationspreissystem erforderlich ist.

Rationalisierungserfolge durch die Frachtlenkung eines Syndikats setzen voraus, daß im Wettbewerb grundsätzlich Lieferüberschneidungen auftreten, die zu unnötig hohen Transportkosten führen und die Syndikatsbildung geeignet ist, diese Frachtmehrbelastungen zu vermeiden¹²¹.

Ohne Wettbewerbsbeschränkung und ohne einheitlichen Preis für Ware und Transportleistung wird eine Tendenz zur Minimierung der Transportkosten dadurch ausgelöst, daß die Anbieter, sofern sie die Transportkosten tragen, möglichst nur in nahe gelegene Absatzgebiete

¹¹⁹ Siehe S. 45 ff. und S. 110 f.

¹²⁰ Diese Wirkung tritt nach Ansicht von *Günther* unter bestimmten Voraussetzungen ein (MA 1959, 275); *Sölter* nimmt sie als grundsätzlich gegeben an (MA 1956, 587).

¹²¹ z. B. in der Ablehnung des Erlaubnisanspruchs des Zementkontors Unterelbe sieht das Bundeskartellamt Lieferüberschneidungen im freien Wettbewerb als „an sich bestehende Gefahr“ an (WuW/E BKartA 1011 [1013]). Andererseits verweist das Amt auf die „natürliche Steuerungsfunktion des Wettbewerbs“, die eine weitgehend frachtgünstige Warenverteilung erzwingt (WuW/E BKartA 732 [734] „Superphosphat II“). Dennoch wird im gleichen Beschluß Frachtlenkung grundsätzlich als Rationalisierungsmittel anerkannt (WuW/E BKartA 732 [733]).

Vgl. zum folgenden: *Diesberg*, Peter: WRP 1967, 232 ff.; *Segelmann*, Frank: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 147 ff.

liefern werden, um ihren Frachtaufwand niedrig zu halten. Wenn die Abnehmer die Transportkosten zahlen, werden sie bei den nächst gelegenen Anbietern kaufen, damit möglichst geringe Frachtausgaben anfallen. Im Wettbewerb sind echte Frachtüberschneidungen nur unter folgenden Voraussetzungen denkbar:

a) Trägt der Abnehmer die Transportkosten, so wird er einen frachtungünstig gelegenen Betrieb dann vorziehen, wenn dieser insgesamt leistungsfähiger ist, wenn z. B. sein Preis so weit unter dem anderer Konkurrenten liegt, daß trotz höherer Frachtkosten die Gesamtausgaben des Abnehmers niedriger sind.

b) Ein Anbieter wird, wenn er die Transportkosten selbst übernimmt, nur dann bereit sein, in werkferne Absatzgebiete zu liefern und die höheren Frachtaufwendungen in Kauf zu nehmen, wenn eine Kosten-degression als Folge einer Umsatzsteigerung die Frachtmehrkosten überkompensiert. Das setzt voraus, daß unausgenutzte Kapazitäten bestehen oder eine Kapazitätserweiterung unter diesem Gesichtspunkt vorteilhaft erscheint.

In diesen Frachtüberschneidungen unter Wettbewerbsbedingungen kommt zum Ausdruck, daß die Transportkosten nicht isoliert betrachtet werden dürfen. Für die Wahl des Abnehmers sind neben den Transportkosten andere Faktoren wie z. B. der Preis der Ware oder Qualitätsunterschiede bestimmend, für den Anbieter der Grad der Kapazitätsauslastung oder die Kostenentwicklung bei Kapazitätserweiterung. Ziel kann nicht die isolierte Minderung der Transportkosten sein, sondern die Optimierung sämtlicher Kosten bzw. Ausgaben.

Die Wirtschaftlichkeit einer Auftragsverteilung läßt sich also nur im Hinblick auf die Gesamtkosten beurteilen¹²². Wenn ein Syndikat Frachtlenkung nur nach frachtgünstigster Lage vornimmt, liegt dennoch keine Rationalisierung vor, da die Kartellmitglieder unterschiedliche Kosten aufweisen und nicht der leistungsfähigste Betrieb zur Lieferung herangezogen wird, wenn sich die Frachtlenkung nur an den tatsächlichen Frachtkosten orientiert, die Produktionskosten aber unberücksichtigt bleiben.

Wenn aber der Wettbewerb grundsätzlich keine unrationellen Lieferüberschneidungen entstehen läßt, ist die Annahme, auf der die Rationalisierungseffekte eines Syndikats durch Absatzlenkung nach Frachtgünst beruhen, hinfällig. Auch für die Frachtlenkung müssen dann

¹²² Dem Gesichtspunkt der Gesamtkosten trägt das Bundeskartellamt zum ersten Mal bei den Erlaubnisanträgen der Zementindustrie Rechnung (WuW/E BKartA 1001 [1002] „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 [1013] „Zementkontor Unterelbe“ und insbesondere WuW/E BKartA 1131 [1133] „Westfälische Zementwerke II“).

andere, kartellinterne Gründe maßgebend sein. Die bei Wettbewerb automatisch wirksame Tendenz zu möglichst niedrigen Transportkosten wird durch das Frankostationspreissystem bei den Abnehmern vollständig ausgeschlossen, da sie ja ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen räumlichen Entfernung einheitliche Preise zahlen, bei den Kartellmitgliedern — wegen des internen Frachtausgleichs — zumindest stark eingeschränkt. Denn das einzelne Kartellmitglied trägt nicht seine effektiven Transportkosten, sondern es ist an der Frachtgesamtbelastung des Syndikats in einem bestimmten Verhältnis beteiligt. Dadurch wird das Streben des Anbieters im Wettbewerb, bei seiner Absatzpolitik ein möglichst günstiges Verhältnis zwischen Produktions- und Frachtkosten zu finden, in bedeutendem Ausmaß beseitigt.

Ohne zentrale Auftragslenkung besteht dann die Gefahr, daß jedes Kartellmitglied — begünstigt durch den Frachtausgleich — eine Politik der Absatzausweitung betreibt, da höhere Frachtkosten nur zu einem Teil von ihm selbst, zum anderen Teil von der Gesamtheit der Kartellmitglieder übernommen werden. Das bedeutet eine unwirtschaftlich hohe Frachtgesamtbelastung innerhalb des Syndikats. Dann aber führt nicht der Wettbewerb, sondern die Praktizierung von Frankostationspreis- und Frachtausgleichssystem durch das Syndikat zu unwirtschaftlich großen Transportwegen und -kosten¹²³.

Zur Stabilisierung der Verhältnisse im Rahmen des Syndikats reichen Frankostationspreissystem und Frachtausgleich nicht aus, da der Ausgleichsmechanismus das Streben nach Veränderung der Marktanteile nicht verhindern kann, vielmehr hier die im Wettbewerb wirksame Bremse der Höhe der Frachtkosten entfällt. Um eine Interessenskollision zu vermeiden, muß die Auftragsverteilung zentral geregelt werden. Wenn das Syndikat bei der Auftragsverteilung dann durch Frachtlenkung den Versuch unternimmt, eine unrationell hohe Frachtbelastung, die überhaupt erst als Folge des Wettbewerbsausschlusses entstanden ist, im Rahmen des Interessenausgleichs, der Einhaltung der Quotenvereinbarung und der Preiseinheitlichkeit (und unter Vorrangstellung

¹²³ Das Frankostationsspreissystem kann damit falsche Standortentscheidungen und Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen sowohl bei den Produzenten wie auch bei den Abnehmern — z. B. weiterverarbeitenden Industrien, für deren Standortwahl die Frachtkosten der Vorprodukte bedeutend wären — und eine vom Gesichtspunkt der Transportkostenoptimierung unerwünschte Standortverschiebung einleiten, die höhere Transportkosten innerhalb der Branche als bei unbeschränktem Wettbewerb nach sich zieht. Damit werden auch im Transportwesen mehr Produktivkräfte eingesetzt als bei wettbewerbskonformer Preisbildung; sie fehlen in anderen Wirtschaftsbereichen, in denen sie eine produktivere Verwendung finden würden (vgl. *Düesberg*, Peter: WRP 1967, 236 f.; *Hamm*, Walter: Einheitliche Frankostationspreise als Diskriminierungsinstrument, a.a.O., S. 345).

dieser Ziele), soweit wie möglich zu korrigieren, so kann diese Maßnahme nicht als Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 gewertet werden¹²⁴.

dd) Werbungskosten

In einigen Fällen hat das Bundeskartellamt Kostenersparnisse durch gemeinschaftliche Werbung angenommen mit der Begründung, eine gemeinsame Werbung sei wirksamer und rationeller zu verwirklichen, als wenn jedes Unternehmen eine eigene Werbeorganisation aufrechterhalte¹²⁵. Damit wird unterstellt, daß im Wettbewerb jedes Unternehmen eine eigene und vollständige Werbeorganisation unterhält, wogegen schon allein die Existenz selbständiger Werbeagenturen spricht.

Ein wirtschaftlicherer Werbemitelesatz¹²⁶, d. h. niedrigere Werbungskosten bei gleichem Werbeerfolg bzw. größerer Werbeerfolg bei gleichen Werbungskosten, erscheint allerdings bei Gemeinschaftswerbung insofern möglich, als die sog. Konkurrenzwerbung entfällt. Die Konkurrenzwerbung ist eine Folge oligopolistischer Verhaltensweise, der verstärkten Verlagerung des Wettbewerbs auf den Werbungssektor, wobei Werbeaktionen und Reaktionen auf die Werbemaßnahmen der Konkurrenten sich in ihrer Wirkung zum Teil gegenseitig aufheben und insoweit eine Vergeudung von Produktionsmitteln bedeuten¹²⁷. Allerdings ist zur Vermeidung dieses volkswirtschaftlich unerwünscht hohen Werbeaufwands, dessen Ursache in einem nicht funktionierenden Preiswettbewerb kraft hoher oligopolistischer Interdependenz zu suchen ist, der vollständige Wettbewerbsausschluß nicht die geeignete Maßnahme. Die unerwünschten Folgen eines unvollkommen funktionierenden Wettbewerbs würden sonst mit einem völligen Wettbewerbsausschluß bekämpft. Außerdem läßt sich eine gemeinschaftliche Werbung, wenn nicht ohne Wettbewerbsbeschränkung, so doch unzweifelhaft ohne Syndikat durchführen¹²⁸.

¹²⁴ So auch *Düesberg*, Peter: WRP 1967, 234 f.; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 44.

¹²⁵ WuW/E BKartA 104 (109) „Kalisyndikat“ und WuW/E BKartA 695 (699) „Kali II“; WuW/E BKartA 211 (215 f.) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 602 (606) „Basaltsyndikat“.

¹²⁶ Von der Schwierigkeit der Berechnung des Werbeerfolges wird hier abgesehen; vgl. dazu *Gutenberg*, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, II. Bd., Der Absatz, a.a.O., S. 480 ff.; *Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 178 ff.

¹²⁷ Vgl. *Gutenberg*, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, II. Bd., Der Absatz, a.a.O., S. 415 f.; *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 40 ff.; *Kühne*, Karl, a.a.O., S. 91; *Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf, a.a.O., S. 437.

¹²⁸ So Bundeskartellamt in den Zemententscheidungen: WuW/E BKartA

Im übrigen bleibt auch bei der gemeinschaftlichen Werbung der kartellinterne Aspekt zu beachten. Um den Fortbestand der Vereinbarung sicherzustellen, muß ein Syndikat danach trachten, dem einzelnen Unternehmen die Entscheidung über den Einsatz möglichst sämtlicher Aktionsparameter zu entziehen und auf die zentrale Instanz zu übertragen, um zu verhindern, daß der Ausschluß des Preiswettbewerbs etwa den Einsatz eines nicht gebundenen Wettbewerbsmittels verstärkt. Dann aber wäre für die gemeinschaftliche Werbung nicht ein (vielleicht) möglicher Rationalisierungserfolg ausschlaggebend, sondern die Tatsache, daß zur Ausschaltung des Preiswettbewerbs eine kollektive Preisbildung nicht ausreicht, vielmehr weitergehende Maßnahmen erforderlich sind. Außerdem kann mit der gemeinschaftlichen Werbung das Ziel verfolgt werden, den Syndikatspreis leichter am Markt durchzusetzen¹²⁹.

Weitere Maßnahmen im Absatzbereich wie etwa der aus dem zentralen Verkauf resultierende umfassende Überblick über die Kreditwürdigkeit der Abnehmer, der vom Bundeskartellamt in früheren Entscheidungen als Rationalisierungsmaßnahme anerkannt wurde, da er zu geringeren Forderungsausfällen und zur Liquiditätsverbesserung der Unternehmen führe¹³⁰, erfordern keine Syndikatsbildung.

2. Rationalisierungsbegriff und Dauer des Syndikats

Die vom Bundeskartellamt anerkannten Rationalisierungserfolge erklären sich aus seiner Interpretation des Rationalisierungsbegriffs. Dieser Begriff und der Maßstab, den das Amt verwendet, um einen Rationalisierungserfolg festzustellen, sind wesentlichste Ansatzpunkte für die Kritik an der Zulassungspraxis von Syndikaten.

Der Begriff Rationalisierung ist umstritten. Eine vorherrschende Meinung, auf die man sich stützen könnte, gibt es in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur nicht¹³¹. Eine Interpretation des Rationalisierungsbegriffs im Hinblick auf § 5 Abs. 2 S. 1 muß sich an den Zielen orientieren, die der Gesetzgeber mit dieser Ausnahmeregelung verfolgt.

773 (783 f.) „Montanzement“ und WuW/E BKartA 1035 (1037) „Montanzement II“; WuW/E BKartA 1011 (1017) „Zementkontor Unterelbe“; WuW/E BKartA 1131 (1132) „Westfälische Zementwerke II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1966, BT-Drucks. V/1950, S. 27 und für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 45.

¹²⁹ Gemeinschaftliche Werbung als wirksame Kampfmaßnahme gegen potentielle Außenseiter, siehe S. 64 f.

¹³⁰ WuW/E BKartA 162 (167) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“.

¹³¹ Vgl. Fröhlicher, Kurt: Die kollektive Rationalisierung, Diss., Bern 1961, S. 14 f.; Pentzlin, Kurt: Rationalisierung, in: HdSW, 8. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1964, S. 676.

Bei der Auslegung des Rationalisierungsbegriffs durch das Bundeskartellamt kann man zwei Gruppen unterscheiden, die erheblich voneinander abweichen.

a) Das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag

Unter Rationalisierung versteht das Bundeskartellamt die Verwirklichung des ökonomischen Prinzips. Dadurch soll gegenüber dem Zustand ohne vereinbarte Rationalisierungsregelung ein verbesserter, wirtschaftlicher Effekt erzielt werden. Dieser Auslegung ist die überwiegende Meinung gefolgt¹³². Um den Rationalisierungserfolg zu messen, verwendet das Amt meist das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag¹³³. Dieser Maßstab ist ungeeignet. Er ermöglicht keine eindeutige Trennung zwischen Wirkungen der Rationalisierung und der Wettbewerbsbeschränkung. Denn der Ertrag hängt u. a. auch von den Marktpreisen ab. Einflüsse, die auf der Ausübung von Marktmacht beruhen und nur eine Steigerung der Rentabilität bezwecken, werden nicht eliminiert, sondern können, wenn das Verhältnis zwischen Aufwand und Ertrag als Kriterium dient, der Rationalisierung zugerechnet werden¹³⁴.

Diese Problematik zeigt sich besonders deutlich in der Beurteilung von Rationalisierungserfolgen im Vertriebssektor. In einigen Fällen verwendet das Bundeskartellamt als Maßstab den prozentualen Anteil der Vertriebskosten am Erlös¹³⁵. Wenn das Syndikat seinen Verkaufspreis erhöht und trotz Absatzrückgang eine Umsatzsteigerung erzielt, die Vertriebskosten konstant bleiben oder relativ weniger steigen als der Umsatz, dann sinkt der prozentuale Anteil der Vertriebskosten am Erlös. Das würde entsprechend als Rationalisierung erscheinen, obwohl tatsächlich nur die Machtstellung preispolitisch genutzt wird, betriebliche Maßnahmen zur Kostensenkung überhaupt nicht vorgenommen werden.

In der Textillohnentscheidung weist das Bundeskartellamt selbst darauf hin, daß nicht jede Verbesserung des Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag eine Rationalisierung bedeutet; z. B. sei eine

¹³² Siehe hierzu die angeführten Entscheidungen des Bundeskartellamts und Literaturhinweise auf S. 88 Anm. 39.

¹³³ Siehe Anm. 43 auf S. 88.

¹³⁴ Vgl. WuW/E BKartA 732 (736) „Superphosphat“: Eine wettbewerbsbeschränkende Regelung diene dann der Rationalisierung, wenn sie zu einer Einsparung von Aufwendungen bei gleichbleibendem Ertrag oder zu einer Ertragssteigerung bei gleichbleibenden Aufwendungen führe.

¹³⁵ WuW/E BKartA 104 (108) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 695 (697 f.) „Kali II“; WuW/E BKartA 817 (820) „Thomasphosphat IV“; WuW/E BKartA 965 (972) „Teer-Erzeugnisse“.

Erlössteigerung nur aufgrund überhöhter Kartellpreise keine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2, auch dann nicht, wenn sie später zu Rationalisierungszwecken verwendet würde, da dann die Rationalisierung nur mittelbare Folge der Preisbeeinflussung wäre¹³⁶. In diesem Fall war es wohl offensichtlich, daß mit dem Kartellvertrag ausschließlich eine kollektive Preispolitik verfolgt wurde.

b) Rationalisierung als Sicherung eines bestehenden Zustandes

In den Verlängerungsbeschlüssen wird der Rationalisierungsbegriff noch sehr viel weitgehender interpretiert. Nach Ansicht des Bundeskartellamts reicht es zur Verlängerung einer Erlaubnis gemäß § 5 Abs. 2 und 3 nicht aus, daß sich die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht geändert haben. Vielmehr sei zu prüfen, ob die erwarteten Rationalisierungserfolge auch tatsächlich eingetreten seien. Gleichzeitig aber müsse berücksichtigt werden, welche Rationalisierungserfolge rückgängig gemacht würden, wenn die Erlaubnis nicht verlängert werde. Von hier ist es nicht mehr weit bis zu der Feststellung, zur Verlängerung einer Erlaubnis nach § 5 Abs. 2 und 3 genüge, wenn ohne Fortbestehen des Kartellvertrages die erzielten Rationalisierungserfolge wieder entfielen¹³⁷.

Als Ausgangspunkt einer Kritik erscheint § 11 Abs. 1 nicht geeignet. Seemann vertritt die Auffassung, ein Kartellvertrag sei wegen der in § 11 Abs. 1 vorgesehenen zeitlichen Beschränkung nicht nach § 5 Abs. 2 und 3 erlaubnisfähig, wenn die vereinbarte Rationalisierung vom Fortbestand des Vertrages abhängt¹³⁸. Dagegen betont das Bundeskartellamt, § 11 Abs. 1 beinhalte nicht eine Beschränkung der Lebensdauer eines Kartells und fordere auch nicht als Voraussetzung einer Erlaubniserteilung nach § 5 Abs. 2 und 3, daß das Kartell zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr notwendig sei. Vielmehr sei Sinn und Zweck von § 11 Abs. 1, der Kartellbehörde eine Aufsicht über die genehmigten Kartelle und nach einem bestimmten Zeitraum die Prüfung zu ermög-

¹³⁶ WuW/E BKartA 322 (328) „Textilohnveredlung“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960, BT-Drucks. III/2734, S. 26/100.

¹³⁷ WuW/E BKartA 528 (532) „Steinzeug II“; WuW/E BKartA 1079 (1089) „Steinzeug III“; WuW/E BKartA 602 (603) „Basaltsyndikat II“; WuW/E BKartA 1073 „Basaltsyndikat III“; WuW/E BKartA 662 (663) „Niedersächsische Kalkwerke II“; WuW/E BKartA 695 (696) „Kali II“; WuW/E BKartA 1175 (1176) „Kali III“; WuW/E BKartA 667 „Nordbayerische Basaltunion II“; WuW/E BKartA 1138 „Nordbayerische Basaltunion III“; WuW/E BKartA 817 (820) „Thomasphosphat IV“; WuW/E BKartA 916 (918) „Ruhrstickstoff III“.

¹³⁸ Seemann, Klaus: Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts zu den höherstufigen Rationalisierungskartellen nach § 5 Abs. 2 und 3 GWB, Köln und Opladen 1961, S. 10/17.

lichen, ob der Kartellvertrag tatsächlich zur Verwirklichung der angestrebten Rationalisierungserfolge geführt habe und ob die Voraussetzungen für eine Erlaubnis noch weiterhin gegeben seien¹³⁹.

§ 11 Abs. 1 stellt nicht faktisch eine zusätzliche Voraussetzung für die Erlaubnis von Rationalisierungskartellen auf. Die Bedingungen, die sie erfüllen müssen, sind erschöpfend in § 5 Abs. 2 und 3 geregelt. Die Auffassung, nicht in erster Linie die zeitliche Beschränkung, sondern die Möglichkeit einer Überprüfung als Motiv für § 11 Abs. 1, wird auch von der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf gestützt. Hier wird die Sollvorschrift, die Erlaubnis in der Regel für einen Zeitraum von drei Jahren zu erteilen, damit erklärt, daß die wirtschaftliche Dynamik eine laufende Beobachtung erfordere, ob die Bindung der Wettbewerbsfreiheit unter veränderten Verhältnissen noch zu rechtfertigen sei. Außerdem wird der Unterschied (in der Fassung des Regierungsentwurfs) im Sinne der zeitlichen Begrenzung von Rationalisierungs- und Krisenkartellen hervorgehoben. Nur bei letzteren werde die Dauer der Erlaubnis abschließend geregelt¹⁴⁰.

Eine Kritik an der Spruchpraxis kann nicht auf § 11 Abs. 1 basieren; sie muß unmittelbar am Rationalisierungsbegriff des Bundeskartellamts anknüpfen.

In den Verlängerungsbeschlüssen wird die Beibehaltung eines bestehenden Zustandes, der rationelles Handeln ermögliche, mit Rationalisierung gleichgesetzt¹⁴¹. Dann wird die Kartellbildung zum Selbstzweck. Das Syndikat kann ad infinitum existieren. Der Rationalisierungserfolg hängt ab vom Fortbestand des Kartellvertrages¹⁴². Es kann nicht dem

¹³⁹ WuW/E BKartA 629 (648) „Armaturen“; WuW/E BKartA 695 (700 f.) „Kali II“.

¹⁴⁰ Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. II/1158, Teil C, S. 33, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1080.

¹⁴¹ Die Gleichsetzung von Rationalisierung und Sicherung eines Zustandes rationellen Handels auch schon in der erstmaligen Erlaubnis von Spezialisierungskartellen (nach § 5 Abs. 2 a.F.): WuW/E BKartA 629 (631) „Armaturen“; WuW/E BKartA 687 (690) „Drehbänke“; WuW/E BKartA 853 (855) „Vakuum-Technik“.

¹⁴² So wörtlich im Verlängerungsbeschuß des Steinzeugsyndikats: „Die Rationalisierungserfolge hängen ihrer Natur nach vom Fortbestand der Verkaufsgemeinschaft ab“, WuW/E BKartA 1079 (1089) „Steinzeug III“. *Eckstein* vertritt im Hinblick auf Spezialisierungskartelle (entsprechend § 5 Abs. 2 a.F.) die Ansicht, ein solches Kartell könne nicht erlaubt werden, wenn der Rationalisierungserfolg bei Aufhebung der Wettbewerbsbeschränkung wieder entfällt, da es an dem Erfordernis der wesentlichen Hebung der Wirtschaftlichkeit fehle. Er interpretiert „wesentlich“ hier im Sinne von „nachhaltig“ (a.a.O., S. 125 f.). Für Syndikate, die eine Rationalisierung im Vertriebsbereich anstreben, läßt er diesen Gesichtspunkt — ohne überzeugende Begründung — nicht gelten. Hier schließt er sich der Zulassungspraxis des

Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechen, daß der Rationalisierungstatbestand des § 5 Abs. 2 von der Syndikatsbildung selbst ausgefüllt wird und Syndikate auf diese Weise als recht nützliche und volkswirtschaftlich erwünschte Einrichtungen erscheinen. Bei dieser Interpretation des Rationalisierungsbegriffs ist eine wesentliche Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit tatsächlich nicht gegeben.

Im übrigen läuft die Praxis des Bundeskartellamts auf unterschiedliche Maßstäbe bei einer erstmaligen Erlaubniserteilung und bei Verlängerungsbeschlüssen hinaus. Während zur erstmaligen Erlaubnis eines Kartells gemäß § 5 Abs. 2 und 3 die objektive Eignung zur Verwirklichung von Rationalisierungserfolgen gefordert wird, genügt zur Verlängerung einer Syndikaterlaubnis, daß die angenommenen Rationalisierungserfolge ohne Syndikat wieder entfallen. Der Nachweis weiterer Rationalisierungseffekte wird nicht verlangt. Einmalige Verbesserungen rechtfertigen dann die Permanenz der Wettbewerbsbeschränkung¹⁴³. So kann es nicht überraschen, daß bisher ein Antrag auf Verlängerung einer Syndikaterlaubnis noch jedesmal genehmigt wurde.

c) Vertriebskosten und spezifische Wettbewerbskosten

Aus der Interpretation des Rationalisierungsbegriffs erklärt sich auch der Hinweis des Bundeskartellamts, eine gemeinsame Vertriebs Einrichtung bedeute zwar meist eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge; in der Regel reiche aber die Syndikatsbildung allein nicht zur Erlaubniserteilung entsprechend § 5 Abs. 2 und 3 aus¹⁴⁴. Damit sollen doch nur die Folgen, die eine solch weitgehende Auslegung des Rationalisierungsbegriffs hervorrufen, angesichts der Intensität der Wettbewerbsbeschränkung durch Syndizierung wieder abgeschwächt werden¹⁴⁵. Nach § 5 Abs. 3 kann zwar ein Syndikat ein Mittel sein, um

Bundeskartellamts an, nach der die Erzielung eines Rationalisierungserfolges, der auch nach Aufhebung des Syndikatsvertrages weiterbesteht, nicht erforderlich sei (S. 177 ff.). Auch *Deringer* schließt nicht aus, daß ein Syndikat, dessen entscheidender Rationalisierungserfolg auf der Permanenz der Wettbewerbsbeschränkung beruhe, erlaubnisfähig sein könne (im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 58).

¹⁴³ Vgl. *Heuss*, Ernst: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 49: Damit gebe man zu, „daß mit einem Rationalisierungskartell die treibende Kraft für einen weiteren Fortschritt aufgehört hat zu existieren“.

¹⁴⁴ Siehe Anm. 83 auf S. 100.

¹⁴⁵ Dieser Zwiespalt in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts zeigt sich deutlich auch im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967. Hier wird grundsätzlich eine Senkung der Vertriebskosten durch Syndizierung bejaht; diese Rationalisierungserfolge könnten aber allein nicht zur Erlaubniserteilung ausreichen, da sonst jedes Syndikat erlaubt werden müsse (BT-Drucks. V/2841, S. 45).

eine Rationalisierung zu verwirklichen¹⁴⁶; aber die Syndikatsbildung selbst ist doch nicht die von § 5 Abs. 2 geforderte Rationalisierung.

In ähnlichem Zusammenhang muß der Hinweis betrachtet werden, eine durch Wettbewerbsausschluß mögliche Ersparnis sog. spezifischer Wettbewerbskosten allein bedeute keine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2, da der Gesetzgeber eine Entscheidung zugunsten des Wettbewerbs getroffen habe¹⁴⁷. Unter spezifischen Wettbewerbskosten versteht das Bundeskartellamt z. B. den vom Wettbewerb erzwungenen Ersatz noch brauchbarer Produktionsanlagen durch moderne, leistungsfähigere Anlagen oder Kosten, die unter Wettbewerbsbedingungen höher als bei Konkurrenzausschluß sein könnten, etwa Werbungskosten, Lagerkosten, Kosten der Produktdifferenzierung. Dieser Gesichtspunkt läßt sich verallgemeinern: unter spezifischen Wettbewerbskosten sind sämtliche Kosten zu verstehen, die zwangsläufig in einer Wettbewerbswirtschaft anfallen und sich nur durch Ausschluß des Wettbewerbs vermeiden oder einschränken lassen. Sie sind letztlich darauf zurückzuführen, daß sich in einer wettbewerbsorientierten Wirtschaft die Produktion an den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Nachfrage ausrichten soll. Lenel bezeichnet diese Kosten als Preis dafür, daß den Abnehmern Alternativen bereitgestellt werden¹⁴⁸. Der ausdrückliche Hinweis des Bundeskartellamts, daß die Ersparnis solcher Kosten mittels Konkurrenzbeschränkung in einem Gesetz, das den Schutz des Wettbewerbs sichern soll, nicht als Rationalisierung aufgefaßt werden kann, außerdem diese Ersparnis nur bei kurzfristiger Betrachtung eintrete, langfristig arbeite ein Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen wirtschaftlicher, erklärt sich daraus, daß sich auch die Ersparnis spezifischer Wettbewerbskosten unter den Rationalisierungsbegriff des Bundeskartellamts subsumieren ließe. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, muß die Ersparnis spezifischer Wettbewerbskosten ausdrücklich aus dem Rationalisierungsbegriff ausgeschlossen

¹⁴⁶ In der Ablehnung des Erlaubnisanspruchs der „Vereinigung der Seidenstückveredler e.V.“ bezeichnet das Bundeskartellamt selbst die Bildung von Syndikaten, im Gegensatz zu Preisabreden, als *Mittel* zur Verwirklichung der Rationalisierung (WuW/E BKartA 322 [326] „Textilohnveredlung“); ebenso *Deringer* im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 4. *Langen* ist in dieser Beziehung widersprüchlich. Um den Unterschied zwischen Preisabreden und der Bildung von Syndikaten in § 5 Abs. 3 darzulegen, bemerkt er, Syndikate „können selbst und für sich allein die Rationalisierung darstellen“ (Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 45 f.). Damit wird aber seine Kritik an der Auslegung des Rationalisierungsbegriffs durch das Bundeskartellamt (vgl. Vorbemerkungen zu §§ 5 und 5 a Tz. 35 ff.) hinfällig.

¹⁴⁷ WuW/E BKartA 322 (329) „Textilohnveredlung“.

¹⁴⁸ *Lenel*, Hans Otto: Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 507.

werden. Das zeigt deutlich, daß der Rationalisierungsbegriff des Bundeskartellamts zu weit gefaßt ist.

In der weiteren Zulassungspraxis hat sich die Auffassung, die Ersparnis spezifischer Wettbewerbskosten nicht der Rationalisierung zuzurechnen, nicht durchgesetzt.

d) Rationalisierung als dynamischer Prozeß

Die Sicherung und Erhaltung eines „bewährten“ Zustandes entspricht zwar den beharrenden Kräften eines Syndikats, nicht aber dem Wesen der Rationalisierung. Rationalisierung ist als dynamischer Prozeß zu verstehen¹⁴⁹. Mit Hilfe von Rationalisierungsmaßnahmen soll ein neuer, verbesserter Zustand erreicht werden. Der Rationalisierungsprozeß beginnt in einem bestimmten Zeitpunkt, er muß aber nach Ablauf einer bestimmten Zeitspanne beendet sein, d. h. nach erfolgreichem Abschluß des Prozesses muß tatsächlich ein Rationalisierungsgewinn eintreten¹⁵⁰. Ist dieses Ziel erreicht, entfällt die Rechtfertigung für eine weitere Befreiung vom Kartellverbot. Wenn aber der von Syndikaten angeblich erreichte Rationalisierungserfolg nur bei Fortbestehen der Wettbewerbsbeschränkung aufrechterhalten bleibt und im Zustand unbeschränkten Wettbewerbs wieder entfällt, dann liegt keine echte Rationalisierung vor. Es stellt sich die Frage, ob hier nicht lediglich Vorteile, die die beteiligten Unternehmen aus der Wettbewerbsbeschränkung ziehen, unter den Rationalisierungstatbestand subsumiert werden.

Die wesentlichen vom Bundeskartellamt anerkannten Rationalisierungserfolge lassen sich auf typische Ausprägungen des Syndikats, auf seine Lenkungenfunktionen zurückführen, deren Ausübung zwangsläufig an die Existenz des Syndikats gebunden ist.

Diese Auslegung des Rationalisierungsbegriffs berücksichtigt nur die monetäre Seite. Damit bleibt ein wesentlicher Gesichtspunkt außer

¹⁴⁹ Vgl. hierzu *Langen*, Eugen: WuW 1960, 239 ff. Der Feststellung *Langens*, es lägen in den betreffenden Fällen „Struktursyndikate“ vor, kann jedoch nicht gefolgt werden, ebensowenig wie seinen einführenden Bemerkungen zum Rationalisierungsproblem, in: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 5 und 5 a Tz. 23 ff., insbesondere Tz. 27 f.

¹⁵⁰ *Langen* folgert, daß man unter der Durchführung einer Rationalisierungsmaßnahme nicht einen „immerwährenden Vorgang“ verstehen kann (WuW 1960, 243). Die Kritik *Segelmanns* an *Langen* ist in diesem Punkt nicht zutreffend (in: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 144 ff.). *Langen* fordert nicht „die Notwendigkeit einer permanenten Steigerung des kollektiven Rationalisierungserfolges“ (ebd., S. 146), sondern nach Ablauf des Rationalisierungsprozesses den tatsächlichen Eintritt eines konkreten Rationalisierungsgewinnes.

Betracht: die Auswirkung von Rationalisierungsmaßnahmen im güterwirtschaftlichen Sektor. Nach Beendigung eines erfolgreichen Rationalisierungsprozesses muß eine güterwirtschaftliche Veränderung, eine Vereinfachung des Wirtschaftsablaufs eintreten¹⁵¹. Dann bedeutet Rationalisierung, daß ein in quantitativer und qualitativer Hinsicht gleicher output mit einem geringeren Einsatz von Produktionsfaktoren bzw. mit der gleichen Einsatzmenge an Produktionsfaktoren eine quantitativ und/oder qualitativ verbesserte Produktionsmenge hergestellt wird¹⁵².

Um den Rationalisierungserfolg messen zu können, müssen die verwendeten Mengen der Produktionsfaktoren mit ihren Preisen bewertet werden. Der Rationalisierungserfolg wird dadurch sichtbar auf der Kostenseite der Unternehmen. Die güterwirtschaftliche Veränderung findet damit ihren Niederschlag auch im monetären Bereich. Wenn ein echter Rationalisierungserfolg vorliegt, müssen folglich beide Voraussetzungen erfüllt sein: die Veränderung im güterwirtschaftlichen und monetären Sektor eines Unternehmens. Wenn diese Bedingungen gegeben sind, können Veränderungen, die nur auf der Marktmacht des Syndikats beruhen, nicht mehr als Rationalisierungserfolge gewertet werden. Denn der Einfluß der Marktmacht eines Syndikats — z. B. höhere Verkaufspreise oder niedrigere Faktorpreise, die aufgrund der Marktstellung des Syndikats auf dem Beschaffungsmarkt ausgehandelt werden können¹⁵³ — wirkt sich nur im monetären Bereich aus, ruft aber keine güterwirtschaftliche Verbesserung hervor.

Die hier vertretene Auffassung deckt sich nicht mit jener, die den Rationalisierungserfolg allein in einer Verringerung der Stückkosten mißt¹⁵⁴. Zwar sinken auch hier die Stückkosten, es hat sich aber die

¹⁵¹ Vgl. Fröhlicher, Kurt, a.a.O., S. 17 ff.; Segelmann, Frank: WuW 1964, 4 ff. Das wird im Ansatz auch von Günther ausgeführt: Die Verbesserung gegenüber dem früheren Zustand müsse in den Betrieben der Beteiligten „durch eine irgendwie geartete Änderung der Kombination der Produktionsfaktoren“ erreicht werden (in: Die Aufgaben des Bundeskartellamtes in der Wettbewerbspolitik, ZHR 1963, 44). Siehe auch WuW/E BKartA 1225 (1228 ff.) „Krawattenstoff-Submission“: Nicht jede Verbesserung des Aufwand-Ertrag-Verhältnisses sei eine Rationalisierung; als Beispiele nennt das Bundeskartellamt die kollektive Festlegung höherer Verkaufspreise und den Verzicht auf bestimmte Leistungen. Vielmehr setze eine Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 Vereinfachungen im Betrieb der beteiligten Unternehmen voraus. Dieser Auslegung des Begriffs der Rationalisierung widerspricht das Ergebnis der Entscheidung: der gemeinsame Verzicht auf die Herstellung von Musterkollektionen wird als Rationalisierungsmaßnahme gewertet.

¹⁵² Zur Auseinandersetzung mit dem Rationalisierungsbegriff siehe z. B. Eckstein, Wolfram, a.a.O., S. 138 ff.

¹⁵³ Auch Preisänderungen auf dem Absatz- und Beschaffungsmarkt, die unabhängig vom Syndikat im Rahmen der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung eintreten, werden dadurch eliminiert.

¹⁵⁴ Vgl. z. B. WuW/E BKartA 322 (328) „Textillohnveredlung“.

Kostenstruktur verändert. Versteht man unter Rationalisierungserfolg nur niedrigere Stückkosten, kann der Verlauf der Gesamtkostenkurve konstant bleiben¹⁵⁵. Wenn man jedoch die — vorausgesetzte — güterwirtschaftliche Veränderung zugrunde legt, dann ist nach Ablauf des Rationalisierungsprozesses für die beteiligten Unternehmen eine andere Gesamtkostenkurve maßgeblich¹⁵⁶.

Die hier versuchte Definition der Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 würde eine Trennung zwischen Wirkungen der Rationalisierung und der Wettbewerbsbeschränkung ermöglichen und unter Rationalisierung nur solche Verbesserungen verstehen, die nicht an den Fortbestand der Wettbewerbsbeschränkung gebunden sind. Wenn nämlich ein Rationalisierungserfolg erzielt wird, der sich in einer Änderung der Kostenstruktur der beteiligten Unternehmen zeigt, bleibt diese Verbesserung auch bei unbeschränktem Wettbewerb bestehen.

III. Die volkswirtschaftlichen Voraussetzungen in § 5 Abs. 2 und 3

Die wettbewerbspolitische Zielsetzung des § 5 Abs. 2 und 3 erfordert, daß durch die kollektive Rationalisierung ein besseres wirtschaftliches Ergebnis erzielt wird, dessen Vorteile auch der Allgemeinheit zufließen.

Diese volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte sind im Gesetz durch die Tatbestandsmerkmale der besseren Bedarfsbefriedigung, des Interesses der Allgemeinheit und des angemessenen Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung erfaßt.

Die Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Belange dient nicht dazu, den betriebswirtschaftlichen Rationalisierungsbegriff enger zu fassen. Diese Argumentation vertritt Segelmann¹⁵⁷. Reine Preisabsprachen — das erste Beispiel Segelmanns — bedeuten keine zwischenbetriebliche Rationalisierungsmaßnahme und sind nicht erst über den Umweg einer volkswirtschaftlichen Beurteilung als Rationalisierung im Sinne von § 5 Abs. 2 auszuschließen. Bei dem weiteren Beispiel Segelmanns — durch höhere Kartellpreise kann ein größerer Grad an Selbstfinanzierung erzielt und dadurch können Rationalisierungsmaßnahmen ermöglicht werden — fehlt es, abgesehen von der Fragwürdigkeit der Argumentation, an dem unmittelbaren Kausalitätsverhältnis zwischen Kartel-

¹⁵⁵ Niedrigere Stückkosten bei größerer Produktionsmenge, bedingt durch das Sinken der durchschnittlichen Fixkosten.

¹⁵⁶ Parallelverschiebung nach unten und/oder flacherer Verlauf der Gesamtkostenkurve, d. h. es hat sich die Struktur der fixen und/oder variablen Kosten verändert.

¹⁵⁷ Segelmann, Frank: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 137 ff.

lierung und Rationalisierung. Der Einfluß von Marktmacht ist nicht über die volkswirtschaftlichen Voraussetzungen zu eliminieren, sondern der innerbetriebliche Rationalisierungsbegriff muß die Trennung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierung unmittelbar gestatten.

Der gesamtwirtschaftliche Aspekt in § 5 Abs. 2 und 3 bedeutet vielmehr, daß der innerbetriebliche Rationalisierungserfolg, die Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen, zur Rechtfertigung der Wettbewerbsbeschränkung nicht ausreicht. Neben dem betriebswirtschaftlichen Erfolg sollen die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 und 3 gewährleisten, daß die Wettbewerbsbeschränkung auch für die Allgemeinheit von Nutzen ist.

1. Die bessere Bedarfsbefriedigung

Die vereinbarten Rationalisierungsmaßnahmen müssen durch die Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen zu einer besseren Bedarfsbefriedigung beitragen, d. h. der innerbetriebliche Rationalisierungsgewinn muß jedenfalls zum Teil an die Marktgegenseite weitergegeben werden. Es werden Vorteile der kollektiven Rationalisierung verlangt, die außerhalb der unternehmerischen Sphäre der Kartellmitglieder eintreten¹⁵⁸. Die Forderung nach besserer Bedarfsbefriedigung betrifft damit den Bereich der Einkommensverteilung.

Auch hier gilt, daß der Kartellvertrag ursächlich für die verbesserte Befriedigung des Bedarfs ist, also eine Folge der Rationalisierungsmaßnahmen sein muß und nicht auf irgendwelchen anderen Gründen, wie etwa der Marktentwicklung, beruhen darf¹⁵⁹. Der Kartellvertrag muß objektiv zu dieser Verbesserung geeignet, die Weitergabe des Rationalisierungserfolges an die Abnehmer braucht aber noch nicht nachgewiesen zu sein¹⁶⁰.

Nach ständiger Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts bedeutet bessere Bedarfsbefriedigung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 1 2. Halbsatz:

1. Gleiche Leistung zu niedrigerem Preis;
2. bessere Leistung zum gleichen Preis;
3. der Bezug des betreffenden Produkts wird durch die Rationalisierungsmaßnahmen erleichtert oder überhaupt erst ermöglicht¹⁶¹.

¹⁵⁸ WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“.

¹⁵⁹ So z. B. *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 72.

¹⁶⁰ Vgl. WuW/E BKartA 224 (232) „Niedersächsische Kalkwerke“.

¹⁶¹ Vgl. WuW/E BKartA 79 (87) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 162

Nach Ansicht des Bundeskartellamts ist der Preis, der sich bei unbeschränktem Wettbewerb (Wettbewerbspreis) ergeben hätte, Maßstab für die Beurteilung, ob die durch die Kosteneinsparungen erzielten Rationalisierungserfolge an die Abnehmer weitergegeben werden. Kommt die Kosteneinsparung auch nur zum Teil den Nachfragern zugute, so müsse der Syndikatspreis zwangsläufig unter dem Wettbewerbspreis liegen¹⁶². Ein Syndikat verbessere nicht die Befriedigung des Bedarfs, sofern es dazu dient, überhöhte Preise und damit eine höhere Kartellrente für die Beteiligten durchzusetzen¹⁶³.

Nicht nur absolute Preissenkungen, sondern auch stabile Preise trotz allgemeiner Preissteigerung verbessern nach Ansicht des Bundeskartellamts die Bedarfsbefriedigung¹⁶⁴. Dieser Argumentation kann man nicht vorbehaltlos zustimmen. Im Kartellpreis können zukünftige Preiserhöhungen schon vorweggenommen werden. Wenn dann der Kartellpreis trotz allgemein steigender Preise längere Zeit konstant bleibt, mag er nach außen „stabil“ erscheinen¹⁶⁵.

Tatsächlich wird dem Kartellpreis in der Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts keine besondere Bedeutung beigemessen. In der Regel begnügt man sich mit dem Hinweis, der Kartellpreis sei nicht überhöht¹⁶⁶. Diese Annahme begründet das Amt in der ersten Verlängerung des Steinzeugsyndikats damit, daß die Kartellpreisbildung nicht vom kostengünstigsten Betrieb beeinflußt werde, da bei einigen Unternehmen der Preis die Kosten nicht decke, auch nicht nach einer Preiserhöhung im Jahr 1961 um 6 %¹⁶⁷. Kostenunterdeckungen sind jedoch kein geeigneter Maßstab zum Vergleich zwischen Syndikats- und Wettbewerbspreis, selbst dann nicht, wenn man Kostenersparnisse aufgrund der kollektiven Rationalisierung unterstellt. Einerseits ist es nicht denkbar, daß auf längere Sicht einzelne Kartellmitglieder ihre Selbstkosten nicht im Preis vergütet bekommen, ohne daß sie Ausgleichszahlungen erhalten, insofern also doch der Kartellpreis von den kostengünstigsten Betrieben beeinflußt wird. Andererseits sagen

(167) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 (216) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 224 (232) „Niedersächsische Kalkwerke“.

¹⁶² WuW/E BKartA 1001 (1008 ff.) „Zementverkaufsstelle Niedersachsen“; WuW/E BKartA 1011 (1018 ff.) „Zementkontor Unterelbe“.

¹⁶³ WuW/E BKartA 1011 (1019) „Zementkontor Unterelbe“.

¹⁶⁴ WuW/E BKartA 491 (495) „Gesellschaftsreisen“.

¹⁶⁵ Vgl. auch S. 53 ff.

¹⁶⁶ WuW/E BKartA 79 (87 f.) „Steinzeugsyndikat“ und WuW/E BKartA 1079 (1081) „Steinzeug III“; WuW/E BKartA 162 (168) „Basaltsyndikat“ und WuW/E BKartA 1073 (1076) „Basaltsyndikat III“; WuW/E BKartA 224 (234) „Niedersächsische Kalkwerke“.

¹⁶⁷ WuW/E BKartA 528 (536) „Steinzeug II“.

Kostenunterdeckungen bei einzelnen Betrieben nichts darüber aus, ob diese Betriebe unter Wettbewerbsbedingungen bestehen könnten oder ob dann nur noch die Produktion der kostengünstigeren Betriebe bei niedrigerem Preis zur Befriedigung der Nachfrage herangezogen würde. Die festgestellte scharfe Substitutionskonkurrenz von Beton- und Kunststoffrohren¹⁶⁸ widerlegt diesen Einwand nicht unbedingt. Es wäre möglich, daß die Marktmacht des Syndikats¹⁶⁹ eine stärkere strukturelle Verschiebung zugunsten der Substitutionsgüter verhindern oder verzögern kann¹⁷⁰.

Eine bessere Befriedigung des Bedarfs in Form niedrigerer Preise wird ausdrücklich nur in der Erlaubnis der „Verkaufsvereinigung für Teererzeugnisse“, beim Kali-, Thomasphosphat- und Ruhrstickstoffsyndikat angeführt. Mit Ausnahme der Verkaufsgemeinschaft für Teererzeugnisse¹⁷¹ besteht hier ein staatlich festgesetzter Höchstpreis; ein erstaunliches Ergebnis, daß ausgerechnet in den Fällen, in denen ein Höchstpreis staatlich fixiert ist, die verbesserte Bedarfsbefriedigung in niedrigeren Preisen liegen soll. Das begründet das Bundeskartellamt beim Kali- und Thomasphosphatsyndikat damit, daß die Höchstpreise in der festgelegten Höhe nur durch die teilweise Weitergabe des Rationalisierungserfolges ermöglicht wurden, beim Ruhrstickstoffsyndikat mit Kartellpreisen, die die Höchstpreise unterschreiten¹⁷².

Es läßt sich sehr bezweifeln, ob hier tatsächlich eine echte Verbesserung der Bedarfsbefriedigung vorliegt. Staatlich fixierte Höchstpreise sind kein Beurteilungskriterium dafür, ob die Abnehmer an den Rationalisierungsvorteilen in Form niedrigerer Preise teilhaben. Zwar verfolgt eine staatliche Höchstpreispolitik grundsätzlich sozialpolitische Ziele — hier wäre es eine Einkommenspolitik zugunsten der Landwirtschaft —, wenn der Höchstpreis unter dem Preis, der sich ohne Intervention des Staates einspielt, fixiert wird. Da zu diesem Höchstpreis dann die Nachfrage das Angebot übersteigt, zieht der staatliche Eingriff, der den Marktmechanismus in seiner Funktionsfähigkeit

¹⁶⁸ WuW/E BKartA 528 (535 f.) „Steinzeug II“.

¹⁶⁹ Der Anteil des Syndikats an der inländischen Produktion beträgt ca. 95 % (WuW 1968, 110), der mengenmäßige Marktanteil über 60 % (WuW/E BKartA 528 [535]).

¹⁷⁰ In der zweiten Verlängerung der Syndikaterlaubnis weist das Bundeskartellamt ausdrücklich darauf hin, daß die Syndikatspreise weder ungünstige Betriebsergebnisse noch den Ausleseprozeß verhindern (WuW/E BKartA 1079 [1081] „Steinzeug III“), ohne allerdings näher darzulegen, worauf sich diese Annahmen stützen.

¹⁷¹ WuW/E BKartA 965 (975); es handelt sich um ein Nebenprodukt. Daher liegt auch hier grundsätzlich eine Sonderform der Preispolitik vor.

¹⁷² WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 211 (217) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“ und WuW/E BKartA 916 (923) „Ruhrstickstoff III“.

wesentlich einschränkt, weitere Maßnahmen, eine Reglementierung der Absatzmengen, nach sich.

Nun könnte man folgern, daß der Höchstpreis, da er ja selbst unter dem Wettbewerbspreis liegt, zur Beurteilung des Syndikatspreises durchaus geeignet ist. Man muß jedoch berücksichtigen, daß eine staatliche Preispolitik, die den Höchstpreis unter dem Wettbewerbspreis fixieren will, grundsätzlich von einer echten Mangellage ausgeht, bei der die Nachfrage das Angebot erheblich übersteigt. Aus sozialen Gründen soll durch die Höchstpreispolitik verhindert werden, daß sich die Beschränkung der Nachfrage ausschließlich über den Preis vollzieht, was unter Wettbewerbsbedingungen der Fall wäre.

Eine Mangellage ist aber hier nicht gegeben. Das zeigt sich ganz offensichtlich beim Kalisyndikat. Hier bestanden früher Überkapazitäten¹⁷³ (Altkartell). Daraus lassen sich auch die vereinbarten festen Quoten, der Ausgleich von Mehr- und Minderlieferungen und die Kapazitätsabstimmung¹⁷⁴ erklären. In der erstmaligen Erlaubniserteilung des Kalisyndikats durch das Bundeskartellamt wird eine bessere Kapazitätsauslastung durch Sortenbeschränkung als Rationalisierungserfolg des Syndikats anerkannt¹⁷⁵, in der ersten und zweiten Verlängerung die optimale Kapazitätsauslastung besonders hervorgehoben¹⁷⁶. Bei Thomasphosphat ist nach Feststellung des Bundeskartellamts das Angebot im Verhältnis zur Nachfrage knapp. Es bestehe ein Verkäufermarkt, im Gegensatz zu Luxemburg und Belgien, den hauptsächlichen Importgebieten des inländischen Marktes für Thomasphosphatmehl¹⁷⁷. Das Bestreben des Thomasphosphatsyndikats, auch den Handel mit Importware zu übernehmen, legt die Vermutung nahe, daß damit das Ziel verfolgt wurde, ein mögliches Unterbieten des Höchstpreises zu verhindern¹⁷⁸. Beim Ruhrstickstoffsyndikat hat das Bundeskartellamt niedrigere Preise des Kartells im Ausland als im Inland festgestellt. Begründet wird die unterschiedliche Preisstellung mit einem zeitweiligen Überangebot und Anbieterwettbewerb im Ausland. Zur Erhaltung der Exportmärkte und im Interesse einer vollen Kapazitätsauslastung müßten die vorübergehenden Erlöseinbußen auf dem Auslandsmarkt hingenommen werden¹⁷⁹.

¹⁷³ Vgl. Lenel, Hans Otto: Ursachen der Konzentration, a.a.O., S. 232 f.

¹⁷⁴ WuW/E BKartA 104 (105/109) „Kalisyndikat“ und WuW 1958, 451.

¹⁷⁵ WuW/E BKartA 104 (109).

¹⁷⁶ WuW/E BKartA 695 (698) „Kali II“ und WuW/E BKartA 1175 (1176) „Kali III“.

¹⁷⁷ Vgl. WuW/E BKartA 211 (214) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 389 (392 f.) „Thomasphosphat II“ und Beschluß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 (575) „Thomasphosphat III“.

¹⁷⁸ Siehe auch S. 102 Anm. 92.

¹⁷⁹ WuW/E BKartA 916 (923) „Ruhrstickstoff III“; vgl. auch zur Begrün-

Es mag dahingestellt bleiben, ob der stärkere Wettbewerb auf den Exportmärkten niedrigere Preise erzwingt, die größere Marktmacht des Syndikats auf dem Inlandsmarkt aber dort eine Politik höherer Preise erlaubt oder die Differenzierung so weit geht, daß die Preise im Inland die Auslandspreise subventionieren, jedenfalls ist es eindeutig, daß von einer „Mangelware“, die auf eine zu geringe Angebotselastizität zurückzuführen wäre, keine Rede sein kann.

Damit liegt bei keinem der drei erwähnten Syndikate die wirtschaftliche Situation zugrunde, die grundsätzlich für eine Höchstpreispolitik kennzeichnend ist. Es sprechen einige Indizien dafür, daß der festgesetzte Höchstpreis über dem Preis liegt, der sich bei unbeschränktem Wettbewerb ergeben würde. Dann ist aber die Begründung für die Weitergabe des Rationalisierungserfolges an die Verbraucher, da sie sich an den staatlichen Höchstpreisen orientiert, nicht stichhaltig¹⁸⁰.

Die geringe Bedeutung, die dem Kartellpreis im Sinne einer besseren Bedarfsbefriedigung in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts zukommt, wird nicht der Gefahr gerecht, daß der Syndikatspreis wegen der Ausschaltung des Wettbewerbsdrucks auf Kosten und Preise zumindest langfristig über dem Wettbewerbspreis liegt, dadurch also die Bedarfsbefriedigung verschlechtert wird¹⁸¹.

Auch eine bessere Bedarfsbefriedigung im Sinne einer Qualitätsverbesserung wird nur relativ selten angeführt¹⁸², in auffälligem Gegensatz zu denjenigen, die Kartelle vom Odium der Fortschrittsfeindlichkeit befreien wollen und dabei insbesondere Qualitätsverbesserungen als Rationalisierungserfolge von Kartellen hinstellen¹⁸³.

Den Schwerpunkt in der Beurteilung der besseren Bedarfsbefriedigung bildet die dritte Alternative: der Bezug wird erleichtert oder ermöglicht. Das bedeutet eine bessere räumliche und zeitliche Abstimmung zwischen Angebot und Nachfrage. Als Erleichterung des Bezugs

dung einer positiven Preisgestaltung des Ruhrstickstoffsyndikats *Sander, Greif*: Merkmale höherstufiger Rationalisierungskartelle, in: *Zehn Jahre Kartellgesetz*, Bergisch Gladbach 1968, S. 348.

¹⁸⁰ An diesen Beispielen zeigt sich deutlich, wie schwierig, wenn nicht unmöglich, ein Vergleich zwischen Syndikatspreis und fiktivem Wettbewerbspreis ist (siehe dazu S. 86 f.). Da im konkreten Einzelfall niemand zu sagen vermag, wie hoch der Preis auf dem gleichen Markt unter Wettbewerbsbedingungen wäre, benutzt man Hilfsgrößen, und kann dann zu unbrauchbaren Ergebnissen gelangen.

¹⁸¹ Vgl. hierzu *Segelmann, Frank*: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 152 f.

¹⁸² WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 1073 (1075) „Basaltsyndikat“.

¹⁸³ Vgl. z. B. *Metzner, Max*: Kartelle als Träger der Rationalisierung, Berlin 1955, insbesondere S. 11 und S. 30 ff.

werden angeführt: Verkürzung der Lieferfristen¹⁸⁴, schnellere Anpassung an Veränderungen der Nachfrage z. B. durch Zusammenfassung der Lieferfähigkeiten bei Großaufträgen¹⁸⁵, vollständige Sortimentsbildung¹⁸⁶.

In der Ablehnung des Erlaubnisantrags der Superphosphatindustrie nimmt das Bundeskartellamt an, daß das Frankostationspreissystem und der interne Frachtausgleich werkfernen Abnehmern überhaupt erst den Bezug des Produkts ermöglichen könnten¹⁸⁷. Abgesehen davon, daß dieses Preis- und Ausgleichssystem keine innerbetriebliche Rationalisierungsmaßnahme darstellt¹⁸⁸, bedeutet es auch keine Verbesserung der Bedarfsbefriedigung, wenn frachtungünstig gelegene Abnehmer billiger, frachtungünstig gelegene teurer beliefert werden als ohne Wettbewerbsbeschränkung, werkferne Abnehmer also durch werknahe subventioniert werden. Wenn tatsächlich nur durch Frankostationspreissystem und Frachtausgleich ein bestimmtes Absatzgebiet vom Syndikat erfaßt wird¹⁸⁹, so kann daraus nur geschlossen werden, daß wirtschaftliche Gründe vom Gesichtspunkt der Transportkostenbelastung dagegen sprechen, in die betreffenden Gebiete zu liefern. Wenn es (aus nicht privatwirtschaftlichen Gründen) wünschenswert erscheint, daß bestimmte, frachtungünstig gelegene Absatzgebiete die betreffenden Produkte zu gleichen Bedingungen erhalten können, so ist dies nicht Aufgabe von Syndikaten, sondern Aufgabe der offiziellen Wirtschaftspolitik.

Dieser Gesichtspunkt gilt allgemein. Wirtschaftspolitische Maßnahmen, auch struktur- und sozialpolitische, fallen nicht unter den Begriff der Rationalisierung¹⁹⁰. Sollten sozialpolitische oder sonstige wirt-

¹⁸⁴ z. B. WuW/E BKartA 629 (634) „Armaturen“; WuW/E BKartA 1079 (1081) „Steinzeug III“.

¹⁸⁵ z. B. WuW/E BKartA 162 (168) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 191 (195) „Nordbayerische Basaltunion“; WuW/E BKartA 211 (216 f.) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 241 (247) „Terrazzo“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“.

¹⁸⁶ z. B. WuW/E BKartA 79 (87) „Steinzeugsyndikat“; WuW/E BKartA 341 (349) „Ruhrstickstoff“.

¹⁸⁷ WuW/E BKartA 434 (441) „Superphosphat“. Im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967 läßt es das Bundeskartellamt offen, ob dieses System im Interesse der Allgemeinheit liegt (BT-Drucks. V/2841, S. 45). Siehe auch WuW/E BKartA 79 (86) „Steinzeugsyndikat“: Die Frachtregelung liege im Interesse der Versorgung des gesamten Marktes mit Steinzeug.

¹⁸⁸ Siehe S. 104 ff.

¹⁸⁹ Vgl. hierzu den Einwand von *Düesberg*: Ein Frachtausgleich sei nicht unerläßlich, wenn die Abnehmer auf die Belieferung durch das Syndikat angewiesen seien, da bei dieser Marktlage die Frachtkosten auf die Abnehmer abgewälzt würden (WRP 1967, 238).

¹⁹⁰ So auch Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960, BT-Drucks. III/2734, S. 100; WuW/E BKartA 322 (328 ff.) „Textillohnveredlung“.

Andererseits werden beim Bleiweißsyndikat strukturpolitische Gesichtspunkte zur Begründung der Erlaubniserteilung herangezogen. An das

schaftspolitische Gründe dafür sprechen, die Entwicklung in einem bestimmten Wirtschaftszweig zu beeinflussen oder strukturelle Veränderungen zu verlangsamen, so ist es hierfür nicht angängig, Syndikate zu erlauben, um unter dem Deckmantel der Rationalisierung andere Zielsetzungen zu verfolgen. Rationalisierungssyndikate lassen sich nicht als quasi verlängerter Arm der Wirtschaftspolitik rechtfertigen. Sie können sich nur durch die Erfüllung der Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 und 3 legitimieren.

In einigen Beschlüssen sieht das Bundeskartellamt eine Verbesserung der Bedarfsbefriedigung darin, daß die Syndizierung für die Abnehmer zeit- und kostensparend sei, da sie Kaufverhandlungen statt mit vielen Werken nur noch mit einer einzigen Stelle zu führen haben¹⁹¹. Diese Auffassung, die in späteren Beschlüssen nicht mehr zu finden ist, muß sehr überraschen. Was hier als verbesserte Bedarfsbefriedigung bezeichnet wird, beinhaltet genau die Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit Dritter, die sich in einer Verringerung der Alternativen zeigt¹⁹². Alternativen aber verlangen eine Entscheidung; und eine fundierte Entscheidung setzt das Sammeln von Informationen voraus, um einen Überblick zu gewinnen, welche Alternativen überhaupt zur Verfügung stehen, und sie gegeneinander abwägen zu können. Weil beim Fehlen

Kriterium der Wesentlichkeit seien in einer wirtschaftlich ungünstigen Situation nur verhältnismäßig geringe Anforderungen zu stellen (WuW/E BKartA 668 [673]). Die Produktion und Weiterentwicklung der Bleiweiß-erzeugnisse, die voraussichtlich nur durch den Zusammenschluß zu einem Syndikat aufrechterhalten werden könnten, da der Trend zur Verwendung billigerer, aber weniger haltbarer Weißfarben wohl anhalte, liege im „wohl-verstandenen Interesse der Allgemeinheit“ (WuW/E BKartA 668 [676]). Damit wird der Zweck der Kartellierung, strukturelle Änderungen aufzuhalten und ihnen mit einer Wettbewerbsbeschränkung zu begegnen, sanktioniert. § 5 Abs. 2 und 3 dient aber nicht dem Erhalt bestimmter Wirtschaftszweige.

In diesen Zusammenhang gehört auch die Feststellung, es liege im Interesse der Allgemeinheit, daß eine einheitliche Verkaufsstelle die Abwicklung der Förderungsbeiträge aus dem Grünen Plan vereinfache (WuW/E BKartA 341 [351] „Ruhrstickstoff“).

¹⁹¹ WuW/E BKartA 162 (168) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 211 (217) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 224 (232) „Niedersächsische Kalkwerke“; in WuW/E BKartA 79 (88) „Steinzeugsyndikat“ wird damit das Tatbestandsmerkmal des Interesses der Allgemeinheit ausgefüllt.

¹⁹² So sinngemäß Bundeskartellamt in WuW/E BKartA 341 (351) „Ruhrstickstoff“ bei der Prüfung des Interesses der Allgemeinheit: Der wesentliche Nachteil einer Syndizierung für die Allgemeinheit liege darin, daß den Abnehmern nur noch das gemeinsame Syndikat statt der einzelnen Marktpartner gegenüberetre.

Das bedeutet eine vollständige Revision der in Anm. 191 dargelegten Argumentation. Die Beschränkung der Ausweichmöglichkeiten der Abnehmer ist ja gerade ein Kriterium für das Vorliegen eines Kartellvertrages gemäß § 1 (vgl. Beschluß des BGH vom 14. 1. 60, WuW/E BGH 369 [373] „Kohlenplatzhandel“ und vom 27. 1. 66, WuW/E BGH 726 [730 f.] „Klinker“).

von Alternativen keine Entscheidung erforderlich und möglich ist, sieht man diese Situation — da zeit- und angeblich kostensparend — als vorteilhaft an. Eine solche Auffassung ist mit wirtschaftlicher Freiheit, mit marktwirtschaftlichem Denken unvereinbar. Diese Haltung, konsequent weitergeführt, muß eine Zentralverwaltungswirtschaft als erstrebenswertes Wirtschaftssystem betrachten. Die wirtschaftlichen Folgen, die ja gerade aus den verringerten Alternativen resultieren und denen auf der anderen Seite die gestiegene Marktmacht des Syndikats entspricht, bleiben völlig unberücksichtigt. Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß die Abnehmer selbst — wie beim Steinzeugsyndikat (hauptsächlich Städte und Kommunen)¹⁹³ — aus den genannten Gründen die Syndikatsbildung positiv beurteilen. Die Ausübung von Freiheitsrechten erscheint — bei nur wenig entwickeltem Freiheitsbedürfnis — manchmal ihren Trägern unbequem.

Das Tatbestandsmerkmal der besseren Bedarfsbefriedigung wird — insgesamt betrachtet — mit mehr oder weniger ähnlichen Argumenten ausgefüllt wie jenes des innerbetrieblichen Rationalisierungserfolges. Es gelten daher im wesentlichen die gleichen Bedenken.

Im übrigen ist der Ansatzpunkt des Bundeskartellamts formal. Die gleiche Leistung kann doch nur dann zu einem niedrigeren Preis erbracht, der Bezug des Produkts nur dann erst ermöglicht oder erleichtert werden, wenn die Produktion größer als im kartellfreien Raum ist, d. h. letztlich läßt sich diese Frage nur aufgrund der Produktion (und natürlich der Kostenstruktur) entscheiden. Die gesamtwirtschaftlichen Vorteile einer Syndizierung sind eben nicht so offenkundig, wie es z. B. Huber glaubt¹⁹⁴.

Das Gesetz selbst liefert keine Wertmaßstäbe dafür, was als bessere Befriedigung des Bedarfs anzusehen ist. Dieses Tatbestandsmerkmal soll gewährleisten, daß die kollektive Rationalisierung ein Ergebnis zeigt, als ob Wettbewerb bestünde. Wenn wirksamer Wettbewerb herrscht, werden die Abnehmer an den Rationalisierungsgewinnen beteiligt¹⁹⁵. Mit diesem Tatbestandsmerkmal soll die partielle Betrachtung

¹⁹³ WuW/E BKartA 79 (88) „Steinzeugsyndikat“. Überhaupt scheint staatlichen Stellen als Abnehmern von Kartellen eine solche Argumentation zu liegen: z. B. erfolgt beim Basaltsyndikat der größte Teil der Lieferungen aufgrund von Aufträgen der öffentlichen Hand (WuW/E BKartA 602 [604] und WuW/E LKartB 22 [25] „Hartstein-Union“); in WuW/E BKartA 897 (900) „Radsatz- und Radreifengemeinschaft II“ ist die Bundesbahn Abnehmer des Kartells.

¹⁹⁴ Huber, Ernst Rudolf, a.a.O., S. 299.

¹⁹⁵ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Feststellung des Bundeskartellamts im Bleiweißfall: Wegen der Konkurrenzsituation am Weißfarbenmarkt sei zu erwarten, daß die Rationalisierungserfolge an die Abnehmer weitergegeben würden (WuW/E BKartA 668 [673]).

tungsweise, die auf die Kartellfolgen bei den unmittelbar am Kartell Beteiligten abstellt, aufgegeben und die volkswirtschaftliche Zielsetzung der optimalen Bedürfnisbefriedigung berücksichtigt werden. Das wird in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts nicht erreicht.

Es wird zwar ansatzweise die Einwirkung auf die unmittelbaren Abnehmer untersucht und insofern über die Erörterung des innerbetrieblichen Rationalisierungserfolges hinausgegangen. Damit bleibt aber die Analyse beschränkt auf den unmittelbaren Markt der kartellierten Güter. Darin erschöpft sich nicht der Einfluß eines Syndikats auf die Bedarfsbefriedigung. Die Begrenzung auf die unmittelbaren Abnehmer des kartellierten Gutes ist unzulässig. Es bleiben unberücksichtigt die möglichen Wirkungen eines Syndikats etwa auf Nachfrageverschiebungen, Änderungen der Einkommensverwendung, der Einfluß auf nicht kartellierte Güter, auf substitutive Produkte, das Entstehen neuer Substitutionsgüter, kurz, die in Teil C angemeldeten volkswirtschaftlichen Bedenken gegen Syndikate, die sich letztlich in irgendeiner Form als Verschlechterung der Bedarfsbefriedigung konkretisieren, werden mit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der besseren Bedarfsbefriedigung durch das Bundeskartellamt nicht ausgeräumt.

2. Das Interesse der Allgemeinheit

Nach Ansicht des Bundeskartellamts sollen aber diese Gesichtspunkte unter dem von § 5 Abs. 3 S. 1 geforderten Interesse der Allgemeinheit subsumiert werden. Das Gesetz läßt jedoch nicht den Rückschluß zu, daß das Merkmal der Befriedigung des Bedarfs nur die Auswirkungen auf die unmittelbaren Abnehmer des Syndikats erfaßt. Dagegen läßt sich einwenden, welche Bedeutung darüber hinaus dann noch dem Tatbestand des Interesses der Allgemeinheit zukommen soll. Tatsächlich bedeutet es gegenüber der Forderung nach verbesserter Bedarfsbefriedigung kein wesentlich neues Kriterium¹⁹⁶. Die Interessen der Kartellbeteiligten können mit dem Allgemeininteresse kollidieren; sie sind ihm aber nicht übergeordnet, was sich schon aus der Existenz des Tatbestandsmerkmals der verbesserten Bedarfsbefriedigung ergibt. Wenn nämlich beide Interessen identisch wären, erübrigte sich die Forderung nach besserer Befriedigung des Bedarfs. Wird eine echte Verbesserung erreicht, dann hat auf dem betreffenden Markt die Wettbewerbsbeschränkung die Funktion des Wettbewerbs übernommen, tendenziell einer optimalen Versorgung der Volkswirtschaft mit Gütern und Dien-

¹⁹⁶ So z. B. auch von Ditfurth, Hoimar: DB 1965, 246; vgl. auch Anm. 18 S. 82.

sten näher zu kommen. Dieses Ergebnis liegt aber im Allgemeininteresse¹⁹⁷.

Tatsächlich begnügt man sich mit mehr oder weniger unverbindlichen Hinweisen ohne konkrete Ergebnisse, was allerdings bei einem solch unbestimmten Begriff nicht überraschen kann. Das Tatbestandsmerkmal des Interesses der Allgemeinheit an der kollektiven Rationalisierung bedeute mehr als verbesserte Bedarfsbefriedigung: die Beteiligung müsse so weitgehend sein, daß bei einer abschließenden Interessenabwägung die Syndikatsbildung einem Bedürfnis der Allgemeinheit entspreche¹⁹⁸.

Das Abwägungsgebot des § 5 Abs. 2 und 3, dem das Tatbestandsmerkmal des Interesses der Allgemeinheit zugrunde liegt, verlangt, daß die volkswirtschaftlichen Vorteile der Rationalisierung die Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung übertreffen¹⁹⁹ und in entsprechendem Umfang nur mit Hilfe der Wettbewerbsbeschränkung zu verwirklichen sind.

Beim Begriff des Allgemeininteresses geht das Bundeskartellamt davon aus, daß die generelle Auswirkung der Rationalisierungsregelung von entscheidender Bedeutung sei; auf die Interessen bestimmter Gruppen komme es alleine nicht an²⁰⁰. Damit wird zwar auf eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung hingewiesen, ohne daß sie aber in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts praktische Bedeutung erlangt. In Einzelfällen wird ausgeführt: der Vertrieb über ein einheitliches Verkaufsbüro liege im Interesse der Bundesbahn, für die die Zusammenarbeit mit einer einzigen Stelle eine Erleichterung ihrer Dispositionen bedeute²⁰¹, die kontinuierliche Beschäftigung der in den Werken der Kartellmitglieder tätigen Arbeitskräfte²⁰², die wirtschaftliche Verwertung von Kuppelprodukten²⁰³ u. ä.

¹⁹⁷ Das klingt auch in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts an, wenn das Interesse der Allgemeinheit an der kollektiven Rationalisierung u. a. damit begründet wird, daß sie eine Verbesserung der Befriedigung des Bedarfs erwarten lasse; WuW/E BKartA 224 (234) „Niedersächsische Kalkwerke“.

¹⁹⁸ So z. B. WuW/E BKartA 629 (645) „Armaturen“.

¹⁹⁹ Vgl. *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 112; *Günther*, Eberhard: Die Aufgaben des Bundeskartellamts in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 45.

²⁰⁰ WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 211 (217) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 341 (350) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 400 (423) „Süddeutsche Zementwerke“.

²⁰¹ WuW/E BKartA 104 (110) „Kalisyndikat“; WuW/E BKartA 211 (218) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 341 (351) „Ruhrstickstoff“.

²⁰² WuW/E BKartA 162 (170) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 224 (234) „Niedersächsische Kalkwerke“.

²⁰³ WuW/E BKartA 341 (350 f.) „Ruhrstickstoff“; WuW/E BKartA 965 (976) „Teer-Erzeugnisse“.

Die Entscheidungen lassen eine Auseinandersetzung über die tatsächlichen Folgen der Wettbewerbsbeschränkung, denen die Vorteile der Rationalisierung gegenübergestellt werden, vermissen.

Der Hinweis, das Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsverfassung zu berücksichtigen²⁰⁴, genügt nicht und ist außerdem ziemlich überflüssig. Denn das gesamte Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist diesem Grundsatz verpflichtet.

3. Das angemessene Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung

Mit dem letzten volkswirtschaftlichen Tatbestandsmerkmal in § 5 Abs. 2 und 3, dem angemessenen Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung (§ 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2), verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, den zulässigen Umfang der Wettbewerbsbeschränkung zu begrenzen. Ein unangemessen großer Wettbewerbsausschluß soll aus volkswirtschaftlichen Gründen durch diese Bestimmung vermieden werden²⁰⁵. Die Vorteile der kollektiven Rationalisierung müssen zu den mit der Wettbewerbsbeschränkung verbundenen Nachteilen für die Volkswirtschaft in Beziehung gesetzt werden. Die Befreiung vom Kartellverbot soll nur dann gerechtfertigt sein, wenn aus dieser weitgehenden Wettbewerbsbeschränkung der Volkswirtschaft insgesamt entsprechende Vorteile zufließen²⁰⁶.

Nach Ansicht des Bundeskartellamts müssen bei der Beurteilung, ob das Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist, besonders strenge Maßstäbe gegenüber Syndikaten gelten, da sie sehr schwerwiegende Interventionen innerhalb einer Wettbewerbsordnung bedeuten. Das zeige sich auch in der Wiederholung dieses Tatbestandsmerkmals in § 5 Abs. 3 S. 2²⁰⁷. Die Abwägung zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung muß unter gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgen²⁰⁸.

²⁰⁴ WuW/E BKartA 400 (423) „Süddeutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 528 (535) „Steinzeug II“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1961, BT-Drucks. IV/378, S. 16.

²⁰⁵ So z. B. WuW/E BKartA 1051 f. „Westdeutsche Düngerkalkwerke“.

²⁰⁶ Deringer, Arved: WuW 1958, 15; ders. im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 76.

²⁰⁷ WuW/E BKartA 400 (422) „Süddeutsche Zementwerke“.

²⁰⁸ Baumbach-Hefermehl, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 5 Anm. 13; Deringer, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 76; Kirschstein/Segelmann, a.a.O., S. 19; Langen, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 33 f.; WuW/E BKartA 322 (327) „Textilohnveredlung“; WuW/E BKartA 516 (522) „Langfräsmaschinen“.

In diesem Zusammenhang stellen sich drei Fragen:

- a) Was ist hier unter Rationalisierungserfolg zu verstehen?
- b) Welchen Inhalt hat der Begriff Wettbewerbsbeschränkung in § 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2?
- c) Auf welche Weise können beide Größen miteinander verglichen werden?

a) Überwiegend versteht man unter Rationalisierungserfolg im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 2 die Vorteile, die den Kartellbeteiligten und den Abnehmern aus der kooperativen Rationalisierung erwachsen, d. h. der Rationalisierungserfolg umfaßt den aus der vertraglichen Regelung erwarteten betriebswirtschaftlichen Effekt, also die Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen, und zusätzlich die daraus resultierende bessere Befriedigung des Bedarfs²⁰⁹. Kirschstein/Segelmann fordern, daß hier unter Rationalisierungserfolg nur die an die Abnehmer weitergegebenen Rationalisierungsvorteile zu erfassen sind²¹⁰. Auch das Bundeskartellamt betont einige Male, daß der Schwerpunkt beim Begriff des Rationalisierungserfolges im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 2 auf der Verbesserung der Bedarfsbefriedigung liegt²¹¹, was einer gesamtwirtschaftlichen Beurteilung eher entspricht. Denn dann dürften unter Rationalisierungserfolg nur die Vorteile verstanden werden, die der Volkswirtschaft insgesamt aus der kooperativen Rationalisierung entstehen, nicht aber jene, die allein die Kartellbeteiligten erzielen.

Wenn man die Auffassung vertritt, daß das Tatbestandsmerkmal des Interesses der Allgemeinheit an der kollektiven Rationalisierung mehr verlangt als die Voraussetzung der besseren Bedarfsbefriedigung, dann muß bei Syndikaten auch dieser Tatbestand in der Abwägung zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung unter dem Begriff des Rationalisierungserfolges erfaßt werden. Das Bundeskartellamt argumentiert genau umgekehrt: Das Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung könne angemessen sein, selbst wenn die Rationalisierung nur einem kleinen Kreis große Vorteile bringe. Dieses Tatbestandsmerkmal schließe nicht alle Folgen der Syndizierung ein, z. B. dann, wenn die syndizierte Industrie die Stellung einer Schlüsselindustrie inne habe.

²⁰⁹ Deringer, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 77; Langen, Eugen: WuW 1960, 246; WuW/E BKartA 400 (421) „Süd-deutsche Zementwerke“; WuW/E BKartA 569 (571) „Textillohnveredlung II“.

²¹⁰ Kirschstein/Segelmann, a.a.O., S. 19.

²¹¹ WuW/E BKartA 271 (278) „Einheitshydraulik“; Tätigkeitsbericht für das Jahr 1960, BT-Drucks. III/2734, S. 28.

Solche Gesichtspunkte würden mit dem Erfordernis des Interesses der Allgemeinheit erfaßt²¹².

Wenn aber § 5 Abs. 3 gegenüber Abs. 2 zusätzliche Voraussetzungen für die Zulassung von Syndikaten aufstellt, dann müssen diese Bedingungen auch bei der Prüfung, ob das Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist, berücksichtigt werden. Das läßt sich schon damit begründen, daß § 5 Abs. 3 die Forderung nach dem angemessenen Verhältnis wiederholt²¹³. Diese Auffassung des Bundeskartellamtes entspricht nicht der umfassenden gesamtwirtschaftlichen Betrachtung, die § 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 verlangt. Eine gesamtwirtschaftliche Beurteilung der Rationalisierung muß alle Vorteile berücksichtigen, die der Volkswirtschaft, d. h. doch der „Allgemeinheit“, aus der Syndizierung entstehen, während eine gesamtwirtschaftliche Würdigung der Wettbewerbsbeschränkung gleichsam das negative Interesse der Allgemeinheit an der Syndizierung mißt²¹⁴.

b) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 2 bzw. Abs. 3 S. 2 bedeutet:

1. die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit der Kartellbeteiligten;
2. die Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Freiheit Dritter;
3. die ökonomischen Auswirkungen dieser Beschränkungen.

Es muß also die Einschränkung des Wettbewerbs nach innen, die Stärke der Wettbewerbsbindung zwischen den Kartellmitgliedern, und die Beschränkung des Wettbewerbs nach außen, deren Ausmaß von der Marktmacht des Kartells abhängt, geprüft werden.

Inwieweit die Kartellbeteiligten ihre eigene Wettbewerbsfreiheit begrenzen, wird regelmäßig vom Bundeskartellamt untersucht; es muß ja zunächst geprüft werden, ob überhaupt ein Vertrag im Sinne von § 1 vorliegt. Die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit Drit-

²¹² WuW/E BKartA 400 (423) „Süddeutsche Zementwerke“.

²¹³ Im übrigen wird die Forderung des § 5 Abs. 3 S. 1, daß der angestrebte Rationalisierungserfolg nicht auf andere Weise zu verwirklichen ist, bei der Prüfung des angemessenen Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung berücksichtigt (vgl. auch *Deringer*, *Arved* im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 80; siehe z. B. WuW/E BKartA 773 [784] „Montanzement“).

²¹⁴ Das, was das Bundeskartellamt in dem zitierten Beschluß (WuW/E BKartA 400 [423] „Süddeutsche Zementwerke“) unter Folgen der Syndizierung versteht, die nicht von dem Tatbestandsmerkmal des angemessenen Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung erfaßt würden, sind gerade die Auswirkungen eines Syndikats z. B. auf nachgelagerte Wirtschaftsstufen. Bei einer tatsächlich umfassenden gesamtwirtschaftlichen Beurteilung müßten sie unter den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in § 5 Abs. 2 S. 2 bzw. Abs. 3 S. 2 subsumiert werden.

ter wird ausdrücklich nicht erwähnt²¹⁵. Daß die ökonomischen Auswirkungen einer Syndizierung nicht ausreichend berücksichtigt werden, wurde schon dargelegt.

Darüber hinaus weist das Bundeskartellamt bei der Prüfung des angemessenen Verhältnisses zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung den Kartellaußenseitern eine Sonderstellung zu. In diesem Zusammenhang sei der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung insoweit einschränkend auszulegen, als wirtschaftliche Nachteile, die bei Kartellaußenseitern als Folge des Kartellvertrages eintreten, nicht als Wettbewerbsbeschränkung zu werten seien, da der Gesetzgeber diese Wirkung bei der Zulassung von Kartellen im Rahmen des § 5 Abs. 2 S. 2 bewußt in Kauf genommen habe. Unbillige Behinderungen von Kartellaußenseitern würden schon bei der Prüfung des Erlaubnisanspruchs nach § 26 Abs. 2 berücksichtigt²¹⁶. Diese Begründung kann nicht überzeugen. Der Gesetzgeber billigt nicht nur bei der Zulassung von Syndikaten die wirtschaftlichen Nachteile für Kartellaußenseiter, sondern ebenso die Wettbewerbsbeschränkung der Kartellbeteiligten untereinander und gegenüber Dritten, einschließlich aller damit verbundenen ökonomischen Auswirkungen unter der Voraussetzung — und nur unter dieser —, daß die Vorteile der Syndizierung ihre Nachteile überkompensieren, so daß insgesamt ein wirtschaftlich besseres Ergebnis als ohne Wettbewerbsbeschränkung erzielt wird. Mit gleicher Begründung könnte man die wirtschaftlichen Nachteile, die bei Abnehmern oder Lieferanten aufgrund der Syndizierung eintreten, ausschließen. Denn für diese Gruppen gilt ebenfalls § 26 Abs. 2²¹⁷. Dann würden negative Effekte der Syndizierung, die diese Wirtschaftsstufen unmittelbar betreffen und sich — wegen der Interdependenz aller ökonomischen Größen — auf die gesamte Volkswirtschaft auswirken können, unberücksichtigt bleiben. Es wäre nur noch die Wettbewerbs-

²¹⁵ Siehe z. B. WuW/E BKartA 569 f. „Textilohnveredlung II“; WuW/E BKartA 916 (923) „Ruhrstickstoff III“. Die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit Dritter wird überwiegend nicht unter der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von § 5 Abs. 2 S. 2 erfaßt (so z. B. *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 79 ff.), sondern nur die Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Kartellmitgliedern und die Verringerung des Wettbewerbs auf dem betreffenden Markt.

²¹⁶ WuW/E BKartA 271 (278) „Einheitshydraulik“; ebenso *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 79; ähnlich *Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., § 5 Tz. 33: man solle hier nicht von einer einschränkenden, sondern von einer sinngemäßen Auslegung sprechen. Wenn wirtschaftliche Nachteile für Kartellaußenseiter als unvermeidliche Folge eines erlaubten Rationalisierungskartells eintreten würden, könne dies logischerweise nicht berücksichtigt werden.

²¹⁷ Vgl. z. B. *Benisch*, Werner im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 26 Abs. 2 Anm. 39; Frankfurter Kommentar, a.a.O., § 26 Tz. 58 f.; *Müller-Gries-Giessler*, a.a.O., § 26 Anm. 33; *Rasch*, Harold und *Klaus Westrick*, a.a.O., § 26 Abs. 2 Anm. 14.

beschränkung zwischen den Kartellmitgliedern zu beachten, nicht aber deren unmittelbare und mittelbare Folgen. § 26 Abs. 2 wendet sich gegen besonders augenfälligen Mißbrauch bestimmter wirtschaftlicher Machtpositionen, nämlich gegen die Anwendung des äußeren Organisationszwangs gegenüber Mitbewerbern, Abnehmern oder Lieferanten. Beim Tatbestandsmerkmal der Angemessenheit zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung geht es hingegen darum, die tatsächlichen oder möglicherweise eintretenden Veränderungen zu beachten, die eine durch die Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 erlangte Machtstellung auslösen kann, d. h. es werden hier mögliche Auswirkungen einer zukünftigen oder bestehenden Machtposition untersucht, während § 26 Abs. 2 einen bestimmten Mißbrauch einer Machtstellung behandelt.

Die Argumentation, wirtschaftliche Nachteile, die Kartellaußenseitern durch die Syndizierung entstehen, müßten im Rahmen von § 5 Abs. 2 unberücksichtigt bleiben, geht — auch unter dem Gesichtspunkt ökonomischer Zweckmäßigkeitserwägungen — am Kern der Sache vorbei. Wirtschaftliche Nachteile, die Außenseiter treffen, können nicht isoliert betrachtet werden. Es muß geprüft werden, inwieweit sich diese Nachteile volkswirtschaftlich auswirken im Hinblick etwa auf eine Verschlechterung der gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisbefriedigung.

Die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung eines Syndikats wird vom Bundeskartellamt als nicht so schwerwiegend angesehen, wenn:

1. zwischen den Kartellmitgliedern selbst beachtlicher Wettbewerb bestehenbleibt;
2. das Kartell als Ganzes erheblichem Außenseiterwettbewerb ausgesetzt ist²¹⁸;
3. Substitutionswettbewerb besteht²¹⁹;
4. die besonderen Marktverhältnisse Wettbewerb als unwahrscheinlich erscheinen lassen²²⁰.

Zu 1.: Die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den Kartellmitgliedern, also Ausmaß und Formen der Wettbewerbsbin-

²¹⁸ WuW/E BKartA 224 (233) „Niedersächsische Kalkwerke“; WuW/E BKartA 516 (522) „Langfräsmaschinen“; WuW/E BKartA 602 (607) „Basaltsyndikat“; WuW/E BKartA 629 (637) „Armaturen“; WuW/E BKartA 916 (923) „Ruhrstickstoff III“; WuW/E BKartA 965 (975 f.) „Teer-Erzeugnisse“.

²¹⁹ z. B. WuW/E BKartA 528 (535 f.) „Steinzeug II“; WuW/E BKartA 668 (674) „Bleiweiß“; WuW/E BKartA 1073 (1075) „Basaltsyndikat III“; Beschluß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 (576) „Thomasphosphat III“.

²²⁰ WuW/E BKartA 695 (701) „Kali II“; WuW/E BKartA 795 (800) „Teerverwertung“.

dung, ergibt sich zunächst aus dem Kartellvertrag. Daneben ist aber auch die faktische Ausübung der Vereinbarung zu berücksichtigen²²¹. Die (formale) rechtliche Freiheit der Kartellbeteiligten z. B. in der Preis- und Rabattgestaltung besagt sehr wenig, wenn ein ausschließlicher Verkauf über die gemeinsame Vertriebsorganisation und insbesondere auch Lieferrichtwerte vereinbart sind. Unter solchen Umständen ist ein Preiswettbewerb zwischen den Kartellmitgliedern nicht vorstellbar²²², wie überhaupt ein Preiswettbewerb allein bei ausschließlicher Andienungspflicht ausgeschlossen werden kann. Im allgemeinen ist bei Syndikaten der Wettbewerb zwischen den Kartellmitgliedern nahezu vollständig beseitigt, da die Funktionsfähigkeit dieser Organisationsform einen besonders hohen Grad an Wettbewerbsbindung voraussetzt. Daher läßt sich grundsätzlich die Annahme, die Wettbewerbsbeschränkung eines Syndikats sei nicht so schwerwiegend, nicht mit dem Hinweis auf wesentlichen Wettbewerb zwischen den Kartellbeteiligten begründen.

Zu 2.: Sind in hinreichendem Umfang Außenseiter vorhanden, dann ist anzunehmen, daß die negativen ökonomischen Folgen eines Syndikats — auch bei weitgehendem Wettbewerbsausschluß zwischen den Kartellmitgliedern — eingeschränkt werden, da die Außenseiter die Marktmacht des Syndikats verringern. Das gilt aber nur unter der Voraussetzung, daß der Wettbewerb zwischen dem Kartell als Ganzem und den Außenseitern auch nach längerer Existenz des Syndikats wirksam bleibt, das Syndikat z. B. nicht Preisführer wird. Dann kann das Syndikat keine marktbeherrschende Stellung innehaben. Eine solche Marktkonstellation läßt sich jedoch — zumindest langfristig — nicht mit der Existenz eines Syndikats vereinbaren. Denn unter diesen Voraussetzungen ist die Machtstellung des Syndikats zu gering, um die Kartellpolitik wirksam am Markt durchzusetzen. Folglich trifft der Einwand, die Wettbewerbsbeschränkung eines Syndikats sei nicht so schwerwiegend, da zwischen Kartell und Außenseitern erheblicher Wettbewerb herrsche, im allgemeinen nicht zu.

Zu 3.: Inwieweit das Vorhandensein von Substitutionskonkurrenz berechtigt, eine weniger schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung durch Syndikatbildung anzunehmen, ist eine Frage der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes. Wohl überwiegend wird der sachlich relevante Markt im Hinblick auf die funktionelle Austauschbarkeit der Produkte abgegrenzt, weniger nach technisch-physischer Ähnlichkeit, sondern mehr unter wettbewerblichen Gesichtspunkten (Preis,

²²¹ So auch *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 80.

²²² Ähnlich auch WuW/E BKartA 224 (233) „Niedersächsische Kalkwerke“.

Qualität, etc.). Das bedeutet: zum gleichen Markt gehören alle Güter, die im Hinblick auf den Verwendungszweck im Urteil der Nachfrager gleichartig sind²²³. Die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes gibt damit die Alternativen an, die den Nachfragern auf einem bestimmten Markt zur Verfügung stehen, also bei einem Kartellzusammenschluß mehrerer Unternehmen, inwieweit die Abnehmer auf andere gleichartige Produkte ausweichen können. Die Einbeziehung von Substitutionsgütern sagt aber noch nichts darüber aus, wie weit oder wie eng im konkreten Einzelfall die Substitutionsbeziehungen aufzufassen sind. Zur Abgrenzung dieser Frage bestehen bisher keine allgemeingültigen Kriterien. Bei der Analyse der Intensität einer Wettbewerbsbeschränkung nach außen dürfen jedenfalls die Grenzen nicht zu weit gezogen werden, so daß eine realistische Beurteilung verlorengeht. Ein absolutes Monopol existiert nur in der nationalökonomischen Theorie. Und selbst hier könnte man noch mit dem Einwand der „totalen Konkurrenz“ argumentieren, d.h. dem Wettbewerb aller um die Kaufkraft der Konsumenten. Außerdem wird ein Syndikat wahrscheinlich versuchen, den Wettbewerb mit Substitutionsgütern möglichst zu „entschärfen“, wobei der Erfolg dieses Verhaltens von der Stärke der Marktstellung abhängt. Es müßten also mögliche Veränderungen der Substitutionsbeziehungen im Zeitablauf berücksichtigt werden. Von einer weniger schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung (im Vergleich zum völligen Wettbewerbsausschluß auch nach außen) könnte man nur dann sprechen, wenn zwischen dem syndizierten Produkt und gleichartigen Erzeugnissen wirksame Wettbewerbsbeziehungen bestehen.

²²³ Diese Bestimmung des sachlich relevanten Marktes stützt sich auf die Konzeption des Bedarfsmarktes. Als Kriterien sind etwa zu berücksichtigen: Kreuzpreiselastizität der Nachfrage, Produktionsflexibilität, Möglichkeiten des Markteintritts.

Vgl. zum Problem der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes u.a.: *Beckmann*, Peter: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v.d.Höhe, Berlin, Zürich 1968, insbesondere S. 136 ff.; *Günther*, Eberhard: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Karlsruhe 1960, S. 16 ff.; *Henrichs*, Helmut: WuW 1967, 261 ff.; *Hoppmann*, Erich: Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, a.a.O., S. 40; *Kaufer*, Erich: Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, in: ZHR 1967, S. 301 ff.; *Schmidt*, Ingo: WuW 1965, 453 ff.

Die funktionelle Austauschbarkeit von Gütern im Hinblick auf den Verwendungszweck wird als wesentlichstes Kriterium zur Abgrenzung des relevanten Marktes anerkannt, u.a.: Beschluß des BGH vom 27. 1. 66, WuW/E BGH 726 (729 f.) „Klinker“; Beschluß des KG vom 20. 3. 62, WuW/E OLG 461 (463) „Reifen“ und vom 16. 10. 64, WuW/E OLG 709 (711 f.) „Bockhorner Klinker“; WuW/E BKartA 1189 (1190 f.) „Handpreisauszeichnungsgerät“; *Bartholomeyczik*, Horst im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 22 Anm. 22 ff.

Zu 4.: Die Auffassung, besondere Marktverhältnisse ließen die Wettbewerbsbeschränkung durch Syndizierung als verhältnismäßig gering erscheinen, sieht das Bundeskartellamt bei engem Oligopol mit nahezu homogenem Gut bestätigt, da auf einem solchen Markt nach aller Erfahrung individuelle Preispolitik und Preiswettbewerb wegen des ausgeprägten Abhängigkeitsbewußtseins unwahrscheinlich seien²²⁴. Dem widerspricht zunächst, daß der Preiswettbewerb vertraglich ausgeschlossen wird, was ja unter diesen Umständen ziemlich überflüssig wäre. Enge oligopolistische Interdependenzbeziehungen führen zwar meist zu irgendeiner Form der Kooperation mit der Folge relativ starrer Preise. Denn auf einem solchen Markt ist die Reaktionsfähigkeit besonders groß und damit auch das Risiko, daß z. B. individuelle Preissenkungen nicht den gewünschten Erfolg bringen, da sich die Konkurrenten der Preisänderung anpassen, ebenso wie eine individuelle Preiserhöhung wahrscheinlich den Absatz erheblich sinken läßt. Daß auf solchen Märkten ein aufeinander abgestimmtes Verhalten häufig zu finden ist, ist erst die Folge einer sonst besonders großen Wettbewerbsintensität. Solange aber die Zusammenarbeit vertraglich nicht abgesichert ist, kann immer irgendeiner der Mitbewerber Preisänderungen auslösen. Durch Syndizierung wird diese potentielle Rivalität beseitigt. Außerdem kann man auch auf einem Oligopolmarkt mit homogenen Produkten nicht grundsätzlich unterstellen, daß den Nachfragern nur inhaltlich gleiche Angebote zur Verfügung stehen. Es wäre immerhin etwa Rabatt- und Konditionenwettbewerb denkbar, der durch die Syndikatsbildung nun auch entfällt ebenso wie die Möglichkeit der Nachfrager, zwischen mehreren Anbietern wählen zu können. Wenn schon auf einem Markt „von Natur aus“ eine geringe Wettbewerbsintensität vorliegt und dann durch die Syndizierung noch der letzte Rest von Wettbewerb ausgeschlossen wird, dann sollte man nicht von einer verhältnismäßig geringen Wettbewerbsbeschränkung sprechen²²⁵. Der Übergang von einer vielleicht nur lockeren Kooperation zur straffen Organisationsform eines Syndikats kann einen Markt,

²²⁴ Siehe Anm. 220, S. 136.

Andererseits nimmt das Bundeskartellamt beim Ruhrstickstoffsyndikat an, daß zwischen diesem und den übrigen Herstellern von Stickstoffdüngemitteln Wettbewerb herrsche, obwohl hier nach den Feststellungen des Amtes ein Oligopolmarkt mit Massenerzeugnissen vorliegt, und zusätzlich staatlich festgelegte Höchstpreise und gleiche Listenpreise der Ruhr-Stickstoff AG und der übrigen inländischen Hersteller bestehen (WuW/E BKartA 341 [349 f.] „Ruhrstickstoff“ und WuW/E BKartA 916 [924] „Ruhrstickstoff III“).

²²⁵ Besonders deutlich zeigt sich das beim Kalisyndikat: Frankostationspreissystem, feste Lieferanteile, interner Erlösausgleich und die Beteiligung sämtlicher inländischer Kalierzeuger (WuW/E BKartA 104 [105 f.] „Kalisyndikat“ und WuW/E BKartA 695 [701] „Kali II“) führen dazu, daß innerhalb der Kaliindustrie ein wettbewerbsloser Zustand herrscht.

auf dem nur wenige Wettbewerbselemente wirksam sind, umso nachhaltiger umgestalten.

c) Wenn feststeht, mit welchem Inhalt die Begriffe Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg in § 5 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2 auszufüllen sind, stellt sich als weiteres Problem die Frage, auf welche Weise man diese beiden Größen überhaupt vergleichen kann, um in einer Art gesamtwirtschaftlicher Bilanz der Vorteile und Nachteile festzustellen, ob das Verhältnis zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Rationalisierungserfolg angemessen ist. Der in dieser Bestimmung zum Ausdruck kommende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ermöglicht nur einen groben Anhaltspunkt: eine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung verlangt einen entsprechend großen Rationalisierungserfolg, eine geringere Wettbewerbsbeschränkung erfordert auch nur einen geringeren Rationalisierungserfolg, um eine Erlaubniserteilung zu rechtfertigen²²⁶. Auch der Hinweis auf die volkswirtschaftlichen Wertmaßstäbe²²⁷ genügt nicht, um das Ziel — die bessere gesamtwirtschaftliche Versorgung mit Gütern und Diensten — mit dem angewandten Mittel zur Erreichung dieses Zieles — der Wettbewerbsbeschränkung — im konkreten Einzelfall exakt zu vergleichen.

Als Maßstab für die erforderliche Interessenabwägung könnte die gesamtwirtschaftliche Produktivität geeignet erscheinen. Dann müßte der allein durch die kooperativen Rationalisierungserfolge bedingte Produktivitätszuwachs die aus der Wettbewerbsbeschränkung resultierenden Produktivitätsverluste übersteigen, damit das Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist. § 5 Abs. 2 und 3 würde folglich eine gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung, eine Zunahme der realen Güterversorgung der Volkswirtschaft verlangen²²⁸.

Gegen die Produktivität als Vergleichsmaßstab läßt sich zweierlei einwenden:

1. Die ökonomischen Auswirkungen einer Wettbewerbsbeschränkung lassen sich im konkreten Einzelfall nicht hinreichend exakt erfassen. Es gibt zwar Indizien, die den Rückschluß auf vorteilhafte oder negative Veränderungen durch Kartellierung gestatten. Es muß aber weit-

²²⁶ Vgl. z. B. WuW/E BKartA 491 (495) „Gesellschaftsreisen“; WuW/E BKartA 938 (940) „Gesellschaftsreisen II“; *Deringer*, Arved im *Gemeinschaftskommentar*, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 78; *Langen*, Eugen: *Kommentar zum Kartellgesetz*, a.a.O., § 5 Tz. 35.

²²⁷ z. B. in WuW/E BKartA 322 (327) „Textilohnveredlung“.

²²⁸ So z. B. *Segelmann*, Frank: WuW 1964, 13 ff.; ders.: *Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle*, a.a.O., S. 147.

gehend mit Hypothesen und Schätzungen gearbeitet werden. Das Problem entzieht sich einer quantitativen Meßbarkeit.

2. Die Beschränkung der wettbewerbsrelevanten Freiheit wird nur indirekt, nämlich ökonomisch, durch Produktivitätseinbußen, die aus dieser Beschränkung resultieren, gemessen. In einer freiheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung ist aber die wirtschaftliche Freiheit als eigenständiger Wert zu berücksichtigen und nicht erst über den Umweg einer materiellen Einbuße.

Bisher ist kein objektiver Maßstab gefunden, mit dessen Hilfe beurteilt werden kann, ob das Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung angemessen ist²²⁹. Das Bundeskartellamt stellt daher auch nur mehr oder weniger pauschal fest, ob das Verhältnis zwischen beiden Größen als angemessen bezeichnet werden kann.

Das Fehlen eines Vergleichsmaßstabs zeigt sich auch darin, daß ein völliger Wettbewerbsausschluß unter Umständen noch als angemessen betrachtet wird. Wie ein vollständiger Ausschluß des Wettbewerbs mit der Forderung nach Angemessenheit zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung in Einklang zu bringen ist, ist schwer vorstellbar. Das Kammergericht vertritt die Auffassung, daß ein vollständiger Wettbewerbsausschluß im Rahmen von § 5 Abs. 2 und 3 zulässig ist²³⁰. Das ist formal insoweit zutreffend, als § 5 Abs. 2 und 3 nicht ausdrücklich die Bedingung enthält, daß ein wirksamer Wettbewerb auf dem betreffenden Markt bestehenbleiben muß, im Gegensatz zu den Vorschriften für Spezialisierungskartelle (§ 5 a Abs. 1 S. 1) und zur Spruchpraxis des Bundeskartellamts bei Rabattkartellen²³¹. Diese unterschiedliche Behandlung gegenüber Rationalisierungskartellen ist sachlich nicht gerechtfertigt²³². Spezialisierungskartelle, bei denen der Gesetzgeber offenbar weniger schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen vermutet als bei Rationalisierungskartellen — denn sie sind ja dem erleichterten Widerspruchsverfahren unterstellt

²²⁹ Steindorff, Ernst: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, a.a.O., S. 30.

²³⁰ Beschluß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 (572) „Thomasphosphat III“; so auch Deringer, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 76.

²³¹ Bei Rabattkartellen leitet es das Bundeskartellamt aus dem Sinn der Vorschrift ab (§ 3 Abs. 3 i. V. m. § 12 Abs. 1 Nr. 1), daß der letzte noch mögliche Wettbewerb auf dem betreffenden Markt nicht ausgeschlossen werden darf; vgl. WuW/E BKartA 119 (126) „Röhrenhersteller“; WuW/E BKartA 188 (189) „Fensterglas“; WuW/E BKartA 538 (544) „Röhrenhersteller II“; im Beschluß des BGH vom 24. 10. 63 bestätigt, WuW/E BGH 588 (593) „Fensterglas IV“.

²³² Vgl. zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 19.

— erfordern das Fortbestehen eines wesentlichen Wettbewerbs. Dann kann man doch nicht annehmen, daß ausgerechnet bei Kartellen, an deren Zulassung gegenüber § 5 a erschwerte Voraussetzungen geknüpft sind, ein vollständiger Wettbewerbsausschluß mit dem Gesetzeszweck vereinbar ist. Das Tatbestandsmerkmal des angemessenen Verhältnisses, das erforderliche Abwägen zwischen Vor- und Nachteilen der Kartellierung²³³, verlangt eine Auslegung, die einen vollständigen Wettbewerbsausschluß nicht zuläßt.

Dann würde auch ein solch eigentümliches Ergebnis wie bei der Verlängerung des Kalisyndikats vermieden. Hier weist das Bundeskartellamt darauf hin, daß die Erlaubnis dieses Syndikats wegen seiner marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 22 Abs. 2 nicht im Rahmen von § 5 a, sondern nur von § 5 Abs. 2 und 3 verlängert werden könnte²³⁴.

Andererseits betont das Bundeskartellamt selbst, daß es mit den Grundsätzen des GWB im Widerspruch stehe, wenn durch ein Syndikat tatsächlich kein funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt bestehenbleibe²³⁵. Im Tätigkeitsbericht für das Jahr 1962 fordert das Amt, daß Rationalisierungskartelle nur unter zwei Voraussetzungen zugelassen werden sollten:

1. Die Wettbewerbsbeschränkung bringt nachweislich größere Rationalisierungserfolge, als es unter Wettbewerbsbedingungen möglich wäre.
2. Diese Interventionen dürfen keine Monopolisierung des Marktes zur Folge haben. Es muß ein wirksamer Wettbewerb bestehenbleiben²³⁶.

Wenn die Forderung erfüllt würde, Syndikate nur dann zu erlauben, wenn ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehenbleibt²³⁷ — in Anlehnung an die Grundgedanken des GWB, die Vorschriften für Spezialisierungskartelle, die Spruchpraxis des Bundeskartellamts und die Rechtsprechung des BGH bei Rabattkartellen und die mit der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 verfolgten speziellen Ziele des

²³³ Was § 5 a nicht enthält; der Gesetzgeber spricht hier offenbar eine Vermutung für das Überwiegen der Vorteile aus.

²³⁴ Tätigkeitsbericht für das Jahr 1967, BT-Drucks. V/2841, S. 38.

²³⁵ WuW/E BKartA 389 (391 f.) „Thomasphosphat II“.

²³⁶ BT-Drucks. IV/1220, S. 8.

²³⁷ So auch Sacker, Franz-Jürgen: BB 1967, 684 und Anm. 38 auf S. 684; Segelmann, Frank: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 156; Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 14; Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 19 f.

Gesetzgebers —, dann wäre jedoch nur ein Extremfall vermieden, die vollständige Ausschaltung des Wettbewerbs auf einem Markt. An der grundsätzlichen Problematik, daß kein geeigneter Maßstab existiert, der Rationalisierungserfolg und wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Syndikats im Einzelfall hinreichend exakt erfaßt, ändert das nichts.

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß die volkswirtschaftlichen Voraussetzungen in § 5 Abs. 2 und 3 und ihre Auslegung in der Spruchpraxis des Bundeskartellamts nicht geeignet erscheinen, die volkswirtschaftlichen Bedenken gegen Syndikate zu beseitigen, die wirtschaftspolitische Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 und 3 verfolgt, zu verwirklichen.

4. Mißbrauchsaufsicht und Auflagen

An diesem Ergebnis können auch Mißbrauchsaufsicht und Auflagen nichts Wesentliches ändern.

§ 5 Abs. 2 und 3 bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Syndikatsbildung rechtlich zulässig ist. Über den Rahmen der Tätigkeit eines Syndikats sagt diese Vorschrift nichts aus. Da ein Syndikat seine rechtliche Existenz aus einer Ausnahmeregelung zu § 1 herleitet, ist seine Tätigkeit der Mißbrauchsaufsicht unterstellt, vor allem im Rahmen des § 11 Abs. 5 Ziff. 2²³⁸. Nur beim Vorliegen eines konkreten Mißbrauchstatbestandes kann die Kartellbehörde eingreifen. Mißbrauch wird hier definiert als objektiv fehlerhafter Gebrauch der Freistellung von § 1, der dem Gesetzeszweck zuwiderläuft²³⁹. Die Mißbrauchsaufsicht dient — allein schon wegen der Beweisschwierigkeiten — nur der Erfassung und Vermeidung besonders schwerwiegender Fälle der Ausnutzung einer durch die Freistellung von § 1 verliehenen

²³⁸ Vgl. WuW/E BKartA 389 (391) „Thomasphosphat II“. Ein etwaiger Mißbrauch der durch die Freistellung von § 1 erlangten Marktstellung ist schon im Erlaubnisverfahren zu prüfen (sog. antizipierte Mißbrauchsaufsicht; vgl. Beschluß des BGH vom 24. 10. 63, WuW/E BGH 588 [590 f.] „Fensterglas IV“; Beschluß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 [572] „Thomasphosphat III“; *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskomentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 148).

²³⁹ Vgl. Beschluß des BGH vom 24. 10. 63, WuW/E BGH 588 (591 f.) „Fensterglas IV“ und vom 27. 11. 64, WuW/E BGH 655 (656) „Zeitgleiche Summenmessung“; WuW/E BKartA 389 (391) „Thomasphosphat“; WuW/E BKartA 656 (659) „Rechtselbische Zementpreise II“; *Baumbach-Hefermehl*, 8. Aufl., a.a.O., GWB § 12 Anm. 2; *Dörinkel*, Wolfram im Gemeinschaftskomentar, 2. Aufl., a.a.O., § 12 Anm. 2 f.; *Rasch*, Harold und Klaus *Westrick*, a.a.O., § 12 Anm. 3; *Segelmann/Niederleithinger*: WuW 1967, 484.

Marktmacht²⁴⁰, wie etwa bei der Preisstellung des Zementkontors Unterelbe²⁴¹.

Auflagen entsprechend § 11 Abs. 3 — meist die Verpflichtung, die Preis- und Kostenentwicklung darzulegen, die Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung einzureichen — dienen vorzüglich der nachträglichen Kontrolle²⁴². Mit Hilfe von Auflagen eine wirksame Bekämpfung der volkswirtschaftlich negativen Folgen eines Syndikats zu betreiben, ist ein wenig erfolgversprechender Weg²⁴³: 1. ist es rechtlich nicht zulässig, einen Rechtsanspruch auf Erlaubnis nach § 5 Abs. 2 und 3 über Auflagen so weit einzuschränken, daß er faktisch aufgehoben wird²⁴⁴, und 2. würden zu weitgehende Auflagen die Gefahr verstärken, daß das Kartell noch schwerfälliger und bürokratischer reagiert, als dies ohnehin schon der Fall ist.

²⁴⁰ So auch *Segelmann*, Frank: Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, a.a.O., S. 155. Der Auffassung *Sieblers*, die wettbewerbsschädlichen Auswirkungen von Syndikaten könnten ausreichend im Rahmen von § 11 gewürdigt werden (a.a.O., S. 143), kann nicht zugestimmt werden.

²⁴¹ WuW/E BKartA 508 „Rechtselbische Zementpreise“; WuW/E BKartA 656 „Rechtselbische Zementpreise II“; Beschluß des KG vom 28. 1. 64, WuW/E OLG 641 „Rechtselbische Zementpreise III“ und Beschluß des BGH vom 17. 5. 65, WuW/E BGH 667 „Rechtselbische Zementpreise IV“.

²⁴² *Hennig* bezeichnet sie als Instrument präventiver Überwachung (WuW 1969, 439).

²⁴³ *Langen* fordert eine Ausdehnung des Aufлагewesens; Auflagen könnten so weit gehen, daß die Erlaubnis nahezu entwertet werde (in: Kommentar zum Kartellgesetz, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 5 und 5 a, Tz. 48 f.).

²⁴⁴ Vgl. WuW/E BKartA 389 (390 f.) „Thomasphosphat II“; Beschluß des KG vom 5. 6. 63, WuW/E OLG 570 (573) „Thomasphosphat III“.

E. Ergebnis

Die jahrelange politische Auseinandersetzung um das GWB hat auch in § 5 Abs. 2 und 3 ihren Niederschlag gefunden¹. Die Ausnahmeregelung für höherstufige Rationalisierungskartelle, denen eine wesentlich größere Bedeutung zukommt als den einfachen Rationalisierungskartellen², ist mit der Zielsetzung des GWB unvereinbar. Der Gesetzgeber geht in § 5 Abs. 2 und 3 von der unbegründeten Annahme aus, daß die Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 der Verwirklichung der wirtschaftspolitischen Zielsetzung des GWB dient³. Die gesamtwirtschaftlich positiven Zusammenhänge zwischen Kartellierung und Rationalisierung sind zwar immer wieder behauptet, aber nicht wissenschaftlich bewiesen worden⁴. Objektive Maßstäbe, die es im Einzelfall erlauben würden, volkswirtschaftlich schädliche Syndikate von gesamtwirtschaftlich erwünsch-

¹ Der ursprüngliche Regierungsentwurf schränkte die Ausnahmeregelung für Rationalisierungskartelle gemäß § 3 RE insoweit ein, als die Erlaubnis für Syndikate und Preisabreden in § 4 Abs. 1 ausgeschlossen war mit der Ausnahme der Verwertung von Nebenerzeugnissen entsprechend § 4 Abs. 2 RE. Die Änderungsvorschläge des Wirtschaftspolitischen Ausschusses und des Bundesrates zu § 4 RE wurden bei der späteren Neufassung dann in § 3 Abs. 3 des RE aufgenommen (BT-Drucks. II/1158, Anlage 1, Änderungsvorschläge des Ausschusses für Wirtschaftspolitik zu § 4 des RE, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1039 und Anlage 2, Änderungsvorschläge des Bundesrates zu § 4 des RE, abgedruckt in: Gemeinschaftskommentar, 1. Aufl., a.a.O., S. 1131; vgl. auch zur Entstehungsgeschichte des § 5 *Deringer*, Arved im Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., a.a.O., § 5 Anm. 7).

² In der Zeit vom 1. 1. 1958 bis 31. 12. 1968 wurden beim Bundeskartellamt 26 Anträge auf Erlaubnis gemäß § 5 Abs. 2 und 50 Anträge auf Erlaubnis gemäß § 5 Abs. 2 und 3 gestellt. Am 31. 12. 1968 waren 19 Rationalisierungskartelle, denen vom Bundeskartellamt Erlaubnis erteilt war, noch in Kraft, davon 6 Rationalisierungskartelle gemäß § 5 Abs. 2 und 13 gemäß § 5 Abs. 2 und 3 (Tätigkeitsbericht für das Jahr 1968, BT-Drucks. V/4236, Tabelle A, S. 116).

³ z. B. ist auch *Griesbach* der Auffassung, daß dem Gesetzgeber in der Ausnahmeregelung für Syndikate ein Bewertungsirrtum unterlaufen ist, „als er die Freiheitseinschränkung geringer einschätzte als den gesamtwirtschaftlichen Vorteil“ (in: Die Wettbewerbspolitik im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, a.a.O., S. 45). Auch *Günther* äußert sich skeptisch: „Es ist sichtbar geworden, daß die Ausnahmemöglichkeiten für Wettbewerbsbeschränkungen zu Rationalisierungszwecken in § 5 zu weit gefaßt sind und das Primat des Wettbewerbs offenbar nicht genügend deutlich machen“, in: Die Aufgaben des Bundeskartellamts in der Wettbewerbspolitik, a.a.O., S. 43.

⁴ Vgl. z. B. *Mestmäcker*, Ernst-Joachim: WuW 1955, 288.

ten zu trennen, existieren nicht. Die Folge davon ist ein Konglomerat unbestimmter Rechtsbegriffe in § 5 Abs. 2 und 3, deren Auslegung durch das Bundeskartellamt nicht befriedigen kann. Die sog. volkswirtschaftlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3: der besseren Bedarfsbefriedigung, des Interesses der Allgemeinheit an der Rationalisierung und der Angemessenheit zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung sind nicht geeignet, die möglichen negativen Auswirkungen von Syndikaten zu beschränken und zu gewährleisten, daß die Syndizierung neben ihren unbestrittenen Vorteilen für die Kartellbeteiligten auch für die Volkswirtschaft insgesamt ein besseres Ergebnis erwarten läßt als ohne Wettbewerbsbeschränkung.

Die Kritik an der Spruchpraxis des Bundeskartellamts ist allerdings sicherlich einfacher als die praktische Anwendung eines Gesetzes, das von unbegründeten Voraussetzungen ausgeht und daraus Regelungen ableitet, die eine unbefriedigende Technik der Gesetzesanwendung erfordern (hypothetischer Marktergebnistest). Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 und 3 erfüllen nicht die Erwartungen, die der Gesetzgeber an sie knüpft.

Und es muß abschließend noch einmal betont werden, daß insbesondere Syndikate geeignet erscheinen, rechtliche und wirtschaftliche Ordnungsprinzipien außer Kraft zu setzen, eine Machtverteilung durchzusetzen, die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen zuwiderläuft, und eine Verfassungswirklichkeit zu schaffen, die mit der geschriebenen Verfassung eines freiheitlich demokratischen Staates nicht zu vereinbaren ist⁵.

⁵ Gutachten zum Wettbewerbsproblem, a.a.O., S. 14.

Literaturverzeichnis

- Andreae*, Wilhelm: Kartelle als Ordnungsfaktor, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, S. 11 ff.
- Die Kartelle und die deutsche Wirtschaftsordnung, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, S. 27 ff.
- Wettbewerbs- und Mitbestimmungsrecht, in: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, S. 41 ff.
- u. a.: Beiträge zur Wettbewerbsordnung, FIW-Schriftenreihe, Heft 9, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Arndt*, Helmut: Über die Voraussetzungen des Marktautomatismus, Heidelberg 1947
- Arndt*, Helmut und Günter *Ollenburg*: Begriff und Arten der Konzentration, in: Die Konzentration in der Wirtschaft, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 20, I. Bd., Stand der Konzentration, Berlin 1960, S. 3 ff.
- Ballerstedt*, Kurt: Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267 ff.
- Baumbach*, Adolf und Wolfgang *Hefermehl*: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 13, München und Berlin 1960
- Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Bd. I, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl., Beck'sche Kurzkommentare, Bd. 13 I, München und Berlin 1964
- Becker*, Theodor: Die Bedeutung der Rationalisierung für die Kartellbildung, Emsdetten 1932
- Beckmann*, Peter: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 6, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968
- Behrens*, Friedrich-Stephan: Marktinformation und Marktformenlehre, WRP 1965, S. 354 ff.
- Theorie und Praxis der Marktinformationsverträge, WRP 1966, S. 194 ff.
- Das Parallelverhalten als Folge oligopolistischen Wettbewerbs, WRP 1968, S. 84 ff.
- Benisch*, Werner: Kooperationsfibel mit Erläuterungen und Vertragsbeispielen, 2. Aufl., Hrsg. Bundesverband der Deutschen Industrie, Bergisch Gladbach 1966
- Einkaufsmacht und Kartellbegriff, WuW 1956, S. 480 ff.
- Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764 ff.
- Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, DB 1969, S. 247 ff.
- Bernhard*, Richard C.: Unternehmensgröße und Monopol in den Vereinigten Staaten, Ordo XI, 1959, S. 217 ff.

- Biedenkopf, Kurt*: Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot. Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, in: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957, S. 11 ff.
- Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958
 - Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbotes, BB 1956, S. 473 ff.
 - Grundgesetz und Kartellverbot, BB 1956, S. 974 f.
 - Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus. Zur zehnjährigen Geltung des GWB, WuW 1968, S. 3 ff.
 - Wirtschaftsordnung ist Rechtsordnung! Vortrag auf dem Wirtschaftstag der CDU/CSU am 26./27. 6. 1969, Zum Dialog, Nr. 18, 1969
- Böhm, Franz*: Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung, Berlin 1933.
- Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft (Ungelöste Fragen, insbesondere das Monopolproblem), Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften München, Heft 14, München 1951
 - Die Idee des Ordo im Denken Walter Euckens, Ordo III, 1950, S. XV ff. (Prolog)
 - Der vollständige Wettbewerb und die Antimonopolgesetzgebung, WuW 1953, S. 178 ff.
 - Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit, Ordo X, 1958, S. 167 ff.
 - Demokratie und ökonomische Macht, Vortrag auf der internationalen Kartellrechts-Konferenz in Frankfurt/Main 1960, abgedruckt in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, Karlsruhe 1961, S. 1 ff.
- Borchardt, Knut und Wolfgang Fikentscher*: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht, 24. Heft, Stuttgart 1957
- Brugger, Gustav*: Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, S. 467 ff.
- Bundeskartellamt*: Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1958/1959/1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, WuW-Schriftenreihe, Heft 8, Düsseldorf 1961
- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1958 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1000 (im Text zitiert als: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1958)
 - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1960 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 2734
 - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1961 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache 378.
 - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1962 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache 1220
 - Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1963 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache 2370

- Bundeskartellamt: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1964 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache 3752
- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1965 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache 530
- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1966 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache 1950
- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1967 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache 2841
- Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1968 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Deutscher Bundestag, 5. Wahlperiode, Drucksache 4236
- Deringer, Arved*: Rationalisierungskartelle im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1958, S. 3 ff.
- Deringer, Arved und Claus Tessin*: Die Grenzen der Zulässigkeit von Preis-
meldestellen, DB 1963, S. 19 ff.
- von Ditfurth, Hoimar*: Möglichkeiten, Voraussetzungen und Grenzen bei Vereinbarungen zum Zwecke der Rationalisierung unter der Geltung des GWB (Teil II), DB 1965, S. 244 ff.
- Dörinkel, Wolfram*: Die neuen Bestimmungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1965, S. 2321 ff.
- Leistungswettbewerb — Rechtsbegriff oder Schlagwort? DB 1967, S. 1883 ff.
- Düesberg, Peter*: Zum Problem der Rationalisierung durch Syndikate: Frachtenlenkung, Frachtausgleich, Frankopreise, WRP 1967, S. 231 ff.
- Rationalisierung des Vertriebs durch Syndikate, WuW 1968, S. 499 ff.
- Eckstein, Wolfram*: Betriebswirtschaftliche Kriterien zur Beurteilung von Rationalisierungskartellen, Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung, Heft 20, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nebst Begründung, Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 1158
- Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Begründung, Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums, März 1970
- Erhard, Ludwig*: Zehn Thesen zur Verteidigung der Verbotsgesetzgebung, Brief an den Präsidenten des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, Fritz Berg, vom 10. 7. 1952, WuW 1952, S. 733 ff.
- Kartelldebatte im Bundestag (76. und 77. Sitzung des 2. Deutschen Bundestages), MA 1955, S. 161 f.
- Eucken, Walter*: Wettbewerb, Monopol und Unternehmer, Schriftenreihe Wirtschaft und Gesellschaft, Hrsg. Otto Lautenbach, Bd. 4, Bad Nauheim 1953

- Eucken*, Walter: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1965
- Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Hrsg. Edith Eucken und K. Paul Hensel, 3. Aufl., Tübingen, Zürich 1960
- Fikentscher*, Wolfgang: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 7, München und Berlin 1958
- Die deutsche Kartellrechtswissenschaft 1945—1954, WuW 1955, S. 205 ff.
- Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, BB 1956, S. 793 ff.
- Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1960, S. 680 ff.
- Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 ff.
- Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: Helmut Coing, Heinrich Kronstein, Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 261 ff.
- Frankfurter Kommentar* (*Kaufmann*, Heinz u. a.): Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Loseblattausgabe, Köln 1958—1969
- Fricke*, Werner: Kollektivmonopole. Die Rolle der Kartelle in der Volkswirtschaft, Veröffentlichungen des Forschungsinstituts für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz, Hrsg. E. Welter, Bd. 6, Heidelberg 1956
- Fritz*, H. A.: Die Wirtschaftsstelle der Vereinigung Deutscher Kautschukwaren-Fabriken GmbH in Berlin „Witeka“, in: Kartelle in der Wirklichkeit, Festschrift für Max Metzner, Hrsg. Ludwig Kastl, Köln, Berlin, Bonn 1963, S. 267 ff.
- Fröhlicher*, Kurt: Die kollektive Rationalisierung. Eine wettbewerbspolitische Würdigung, Diss., Bern 1961
- Gabriel*, Siegfried: Zum Begriff der „Wettbewerbsbeschränkung“ im GWB, MA 1960, S. 247 ff.
- Gemeinschaftskommentar* (*Müller-Henneberg*, Hans u. a.): Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Köln, Berlin 1958
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Giersch*, Herbert: Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd. I, Grundlagen, Wiesbaden 1960
- Aufgaben der Strukturpolitik, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Hrsg. Heinz-Dietrich Ortlieb, 9. Jahr, Veröffentlichungen der Akademie für Wirtschaft und Politik Hamburg, Tübingen 1964, S. 61 ff.
- Griesbach*, Bernhard: Denaturierte Markttransparenz, DB 1961, S. 1621 ff.
- Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1962, S. 1011 ff.
- Die Wettbewerbspolitik im Rahmen der allgemeinen Wirtschaftspolitik, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt. Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 39 ff.

- Griesbach*, Bernhard: Wettbewerbspolitik ohne neues Leitbild, in: marktwirtschaft 1970, Heft 3, S. 27 ff.
- von der Groeben*, Hans: Die Wettbewerbspolitik als Teil der Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, WRP 1965, S. 285 ff.
- Günther*, Eberhard: Relevanter Markt im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 47, Karlsruhe 1960
- Wege zur europäischen Wettbewerbsordnung, Schriftenreihe zum Handbuch für Europäische Wirtschaft, Bd. 11, Hrsg. Heinrich Rieber, Baden-Baden 1968
- Entscheidung in der Kartellpolitik, BB 1953, S. 121 ff.
- Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen, WuW 1957, S. 677 ff.
- Zum Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, S. 269 ff.
- Konkurrierende Ziele der Wettbewerbspolitik, MA 1961, S. 273 ff.
- Die Aufgaben des Bundeskartellamts in der Wettbewerbspolitik, ZHR 1963, S. 38 ff.
- Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, S. 111 ff.
- Brauchen wir eine neue Wettbewerbspolitik? WuW 1967, S. 91 ff.
- Zehn Jahre Bundeskartellamt: Rückblick und Ausblick, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt. Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 11 ff.
- Die Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Kartellgesetz, DB 1969, S. 25 ff.
- Gutenberg*, Erich: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, II. Bd., Der Absatz, 7. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1964
- Hamm*, Walter: Einheitliche Frankostationspreise als Diskriminierungsinstrument, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 7, Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1968, S. 333 ff.
- Hefermehl*, Wolfgang: Informationsverträge und Kartellrecht, in: Kooperative Marktinformation, Hrsg. Arbeitskreis Kartellgesetz im Bundesverband der Deutschen Industrie, Köln, Berlin, Bonn, München 1967, S. 1 ff.
- Hening*, Werner: Elemente der Mißbrauchsüberwachung im Kartell-Legalisierungsverfahren des GWB, WuW 1969, S. 434 ff.
- Henrichs*, Helmut: Die Abgrenzung des relevanten Marktes im Licht der neueren Rechtsprechung zum Antitrustrecht, WuW 1967, S. 255 ff.
- Heuss*, Ernst: Allgemeine Markttheorie, Tübingen, Zürich 1965
- Das Problem der unvollkommenen Konkurrenz in der Wettbewerbswirtschaft, Ordo VII, 1955, S. 103 ff.
- Das Kartell, Ein Beitrag zur Kartelltheorie, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft, Bd. 12, Göttingen 1961, S. 144 ff.

- Heuss, Ernst*: Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 7, Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 29 ff.
- Die Wettbewerbs- und Wachstumsproblematik des Oligopols, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Hrsg. Hans K. Schneider, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 48, Berlin 1968, S. 9 ff.
- Hoppmann, Erich*: Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, S. 97 ff.
- Preismeldestellen: Kartelle oder Marktstatistik? WRP 1966, S. 300 ff.
- Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Hrsg. Friedrich Lütge und Erich Preiser, Bd. 179, Stuttgart 1966, S. 286 ff.
- Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Bemerkungen zu Kantzenbachs Erwiderungen, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Hrsg. Friedrich Lütge und Erich Preiser, Bd. 181, Stuttgart 1967/68, S. 251 ff.
- Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Festschrift für Theodor Wessels, Quaestiones Oeconomicae, Bd. 1, Hrsg. Hans Besters, Berlin 1967, S. 145 ff.
- Wettbewerb als Norm der Wettbewerbspolitik, Ordo XVIII, 1967, S. 77 ff.
- Zum Schutzzobjekt des GWB. Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzzobjektdiskussion, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 7, Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 63 ff.
- Zum Problem einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbs, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Hrsg. Hans K. Schneider, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 48, Berlin 1968, S. 9 ff.
- Die sogenannten Bagatellkartelle der „neuen Wettbewerbspolitik“, DB 1970, S. 93 ff.
- Huber, Ernst Rudolf*: Wirtschaftsverwaltungsrecht, I. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953
- Jöhr, Adolf*: Die Konzentration als Problem der Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, II. Bd., Ursachen der Konzentration, Hrsg. Helmut Arndt, Berlin 1960, S. 1289 ff.
- Kantzenbach, Erhard*: Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Wirtschaftspolitische Studien aus dem Institut für Europäische Wirtschaftspolitik der Universität Hamburg, Heft 1, Hrsg. Harald Jürgensen, Göttingen 1967
- Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität. Eine Erwiderung auf den gleichnamigen Besprechungsaufsatz von Erich Hoppmann, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 181, Hrsg. Friedrich Lütge und Erich Preiser, Stuttgart 1967/68, S. 193 ff.
- Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, 2. Aufl., Bern 1957

- Kaskell*, Joseph und Rudolf *Schlesinger*: Rationalisierungskartelle, WuW 1952, S. 565 ff.
- Kastl*, Ludwig: Kartellerfahrungen und -erkenntnisse, in: Kartelle in der Wirklichkeit, Festschrift für Max Metzner, Hrsg. Ludwig Kastl, Köln, Berlin, Bonn 1963, S. 16 ff.
- Kaufer*, Erich: Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs, in: Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, Bd. 179, Hrsg. Friedrich Lütge und Erich Preiser, Stuttgart 1966, S. 481 ff.
- Die Definition des relevanten Marktes in der amerikanischen Antikonzentrationsrechtsprechung, ZHR 1967, S. 301 ff.
- Kaufmann*, Heinz u. a.: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Zitierweise: Frankfurter Kommentar), Loseblattausgabe, Köln 1958—1969.
- Kellerer*, Hans: Zur statistischen Messung der Konzentration, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, I. Bd., Stand der Konzentration, Hrsg. Helmut Arndt, Berlin 1960, S. 41 ff.
- Kirschstein*, Friedrich und Frank *Segelmann*: Rationalisierungskartelle und Syndikate, WuW-Schriftenreihe, Heft 6, Düsseldorf 1960
- Klug*, Oskar: Der Streit um die Kartelle und Konzerne. Utopie und Wirklichkeit, Frankfurt/Main 1953
- Knöpfle*, Robert: Der Rechtsbegriff „Wettbewerb“ und die Realität des Wirtschaftslebens, Kartellrundschau, Schriftenreihe für Kartell- und Konzernrecht des In- und Auslandes, Heft 7, Köln, Berlin, Bonn, München 1966
- Knoth*, Joachim: Preispolitik des Syndikats, Diss., Mainz 1964
- von Köhler*, Karl-Heinz: Welche Stellung hat der Wettbewerb in unserer Rechtsordnung? NJW 1964, S. 569 ff.
- Vom Wert der Gesetzesmaterialien im Kartellrecht, NJW 1967, S. 2188 ff.
- Die Problematik eines Gesetzes zur Förderung des Leistungswettbewerbs und die Wettbewerbsregeln, DB 1967, S. 29 ff.
- König*, Heinz: Kartelle und Konzentration (unter besonderer Berücksichtigung der Preis- und Mengenabsprachen), in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 20, Die Konzentration in der Wirtschaft, I. Bd., Stand der Konzentration, Hrsg. Helmut Arndt, Berlin 1960, S. 303 ff.
- Koenigs*, Folkmar: Wechselwirkung zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1041 ff.
- Krahe*, F.: Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung der Marktstruktur, BB 1967, S. 1025 f.
- Krelle*, Wilhelm: Preistheorie, St. Galler Wirtschaftswissenschaftliche Forschungen, Bd. 17, Tübingen, Zürich 1961
- Kartelle und Preisflexibilität, in: Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 95. Jg., Bern 1959, S. 209 ff.
- Kühne*, Karl: Funktionsfähige Konkurrenz. Monopolistische Restriktion und Wettbewerbsproblem in der modernen Wirtschaft, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 39, Berlin 1958

- Lachmann*, Ludwig M.: Marktwirtschaft und Modellkonstruktionen, *Ordo* XVII, 1966, S. 261 ff.
- Langen*, Eugen: Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., Loseblattausgabe, Darmstadt 1967
- Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungskartellen, *WuW* 1960, S. 237 ff.
- Lehnich*, Oswald: Die Wettbewerbsbeschränkung. Eine Grundlegung, Köln, Berlin 1956
- Lenel*, Hans Otto: Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse, 2. Aufl., Walter Eucken Institut Freiburg i. Br., wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen, Bd. 2, Tübingen 1968
- Syndikate als Mittel der Rationalisierung, in: *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 175, Hrsg. Friedrich Lütge und Erich Preiser, Stuttgart 1963, S. 115 ff.
- Wachstum der Wirtschaft und Wachstum der Unternehmungen, *Ordo* XV/XVI, 1965, S. 141 ff.
- Externes Unternehmenswachstum als Problem der Wettbewerbspolitik, in: *Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik*, Bd. 7, Hrsg. Ernst-Joachim Mestmäcker, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 489 ff.
- Leo*, Hans-Christoph: Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, *WuW* 1959, S. 485 ff.
- Lukes*, Rudolf: Der Kartellvertrag. Das Kartell als Vertrag mit Außenwirkungen, Schriftenreihe des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 9, Hrsg. H. C. Nipperdey, München und Berlin 1959
- Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: Helmut Coing, Heinrich Kronstein, Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 216 ff.
- Lutz*, Friedrich A.: Bemerkungen zum Monopolproblem, *Ordo* VIII, 1956, S. 19 ff.
- Lutz*, Hans: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *NJW* 1957, S. 1297 ff.
- Machlup*, Fritz: Wettbewerb im Verkauf. Modellanalyse des Anbieterverhaltens, Göttingen 1966
- Wettbewerb (III). Wirtschaftstheoretische Betrachtung, in: *HdSW*, 12. Bd., Tübingen, Göttingen 1965, S. 36 ff.
- Markert*, Kurt: Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen, *DB* 1963, S. 1455 ff.
- Mayer*, Leopold: Kartelle, Kartellorganisation und Kartellpolitik, Wiesbaden 1959
- Mayer-Wegelin*, Heinz: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), Kommentar, Loseblattausgabe, Frankfurt/Main 1966
- Menze*, Hubert: Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht, *WuW* 1963, S. 578 ff.

- Merz, Hans*: Kartellrecht — Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit? in: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, Hrsg.: Helmut Coing, Heinrich Kronstein, Ernst-Joachim Mestmäcker, Karlsruhe 1965, S. 227 ff.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Der Böhm-Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung, WuW 1955, S. 285 ff.
- Der Bericht der englischen Monopolkommission, Ordo VIII, 1956, S. 265 ff.
- Probleme des Bestmöglichen in der Wettbewerbspolitik, in: Probleme der normativen Ökonomik und der wirtschaftspolitischen Beratung, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 29, Berlin 1963, S. 305 ff.
- Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, S. 441 ff.
- Parallele Geltung von Verbotsnormen des deutschen und des europäischen Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1968, S. 1297 ff.
- Das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, DB 1968, S. 787 ff./835 ff.
- (Hrsg.): Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen, in: Wettbewerb als Aufgabe. Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Bd. 7, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1968, S. 5 ff.
- Metzner, Max*: Kartelle als Träger der Rationalisierung. Eine Materialsammlung, Berlin 1955
- Meyer, Fritz W.*: Warum feste Preise für Markenartikel? Ordo VI, 1954, S. 133 ff.
- Meyer-Cording, Ulrich*: Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, S. 461 ff.
- Miksch, Leonhard*: Wettbewerb als Aufgabe. Grundsätze einer Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Godesberg 1947
- Die Wirtschaftspolitik des Als-Ob, Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft, 105. Bd., Tübingen 1949, S. 310 ff.
- Möller, Hans*: Kalkulation, Absatzpolitik und Preisbildung. Die Lehre von der Absatzpolitik der Betriebe auf preistheoretischer und betriebswirtschaftlicher Grundlage. Nachdruck mit einer neuen Einführung über: Die Entwicklung der modernen Preistheorie, Tübingen 1962
- Müller-Gries-Giessler*: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., Stand 1967, Frankfurt/Main
- Müller-Henneberg, Hans*: Zu den Begriffen „Kartell“ und „Wettbewerbsbeschränkung“, WuW 1963, S. 877 ff.
- Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW 1968, S. 659 ff.
- u. a.: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar (Zitierweise: Gemeinschaftskommentar), Köln, Berlin 1958
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung und europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Ohm, Hans*: Oligopolistische Preisführerschaft und Kartellgesetz, WuW 1955, S. 20 ff.
- Pentzlin, Kurt*: Rationalisierung, in: HdSW, 8. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1964, S. 676 ff.

- Pfister*, Bernhard: Wirtschaftliche Vernunft und wirtschaftliche Weisheit, Hochland, 40. Jg., Hrsg. Franz Joseph Schöningh, München und Kempten 1947/48, S. 145 ff.
- Leistungswettbewerb und Monopolkontrolle, Hochland, 40. Jg., Hrsg. Franz Joseph Schöningh, München und Kempten 1947/48, S. 558 ff.
- Philips*, Louis: Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit, WuW 1964, S. 205 ff.
- Pickel*, Walter: Aktuelles und Grundsätzliches zur Wirksamkeit des Kartellverbots, DB 1968, S. 295 ff.
- Plassmann*, Norbert: Bündnisverträge gegen den Wettbewerb, JZ 1964, S. 670 ff.
- Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1963, S. 81 ff.
- Poeche*, Jürgen: Marktinformation und Unternehmerkooperation, WRP 1965, S. 348 ff.
- Raiser*, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1 ff.
- Rasch*, Harold und Klaus *Westrick*: Wettbewerbsbeschränkungen. Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Erläuterungen zum europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., Berlin 1966
- Röper*, Burkhardt: Die Konkurrenz und ihre Fehlentwicklungen. Untersuchungen über Störungen der Marktwirtschaft, Volkswirtschaftliche Schriften, Heft 6, Berlin 1952
- Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, in: Zur Grundlegung wirtschaftspolitischer Konzeptionen, Hrsg. H.-J. Seraphim, Schriften des Vereins für Socialpolitik, N.F., Bd. 18, Berlin 1960, S. 261 ff.
- Röpke*, Wilhelm: Wettbewerb (II). Ideengeschichte und ordnungspolitische Stellung, HdSW, 12. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen 1965, S. 29 ff.
- Säcker*, Franz-Jürgen: Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1967, S. 681 ff.
- Sander*, Greif: Merkmale höherstufiger Rationalisierungskartelle. Ein Beispiel aus dem Düngemittelbereich, in: 10 Jahre Kartellgesetz. Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, Hrsg. Arbeitskreis Kartellgesetz im Ausschuß für Wettbewerbsordnung des Bundesverbandes der Deutschen Industrie, Bergisch Gladbach 1968, S. 343 ff.
- Sandrock*, Otto: Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, Bd. 23, Hrsg. H. C. Nipperdey, München 1968
- Kritische Bemerkungen zum Entwurf über die zweite Kartellgesetz-Novelle, WuW 1969, S. 205 ff.
- Sauter*, Herbert: Der Begriff „Wettbewerb“ im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Diss., Wiesbaden 1964
- Schaaf*, Wilhelm Andreas: Absatzsyndikate und Drittverträge unter besonderer Berücksichtigung der Syndikatsform der Doppelgesellschaft, Diss., Frankfurt/Main 1961
- Schlegel*, Jörg: Marktmacht und Mißbrauch, WuW 1968, S. 176 ff.

- Schmidt, Ingo*: Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, S. 97 ff.
- Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch in § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 1965, S. 453 ff.
 - Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699 ff.
- Schmitz, Werner*: Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, S. 2089 ff.
- Schneider, Erich*: Einführung in die Wirtschaftstheorie, II. Teil, Wirtschaftspläne und wirtschaftliches Gleichgewicht in der Verkehrswirtschaft, 7. Aufl., Tübingen 1961
- Schulz, Karl-Ernst*: Zur Frage eines wirtschaftspolitisch praktikablen Wettbewerbskonzepts. Die Situation in der Bundesrepublik Deutschland als aktueller Bezugspunkt, Diss., Freiburg i. Br. 1965
- Seemann, Klaus*: Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes zu den höherstufigen Rationalisierungskartellen nach § 5 Absatz 2 und 3 GWB, Die industrielle Entwicklung, Analyse der wirtschaftlichen, sozialen und politischen Auswirkungen der Industrialisierung, Abteilung C, Aktuelle Beiträge, Bd. 1, Köln und Opladen 1961
- Segelmann, Frank*: Zum Begriff „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ in § 5 Abs. 2 GWB, WuW 1964, S. 3 ff.
- Wettbewerb und Rationalisierung unter Berücksichtigung der Syndikate und Spezialisierungskartelle, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt. Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1968, S. 137 ff.
- Segelmann, Frank und Ernst Niederleithinger*: Frankostationspreis- und Frachtbasensysteme der Syndikate nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1967, S. 453 ff.
- Siebler, Heinz-Ulrich*: Wirtschaftstheorie, Wettbewerbspolitik und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung. Begründung und Begründbarkeit neoliberaler Wettbewerbspolitik, Diss., Frankfurt/Main 1966
- Sölter, Arno*: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Produktivität, MA 1956, S. 583 ff.
- Preiswettbewerb in der Wirklichkeit, in: Kartelle in der Wirklichkeit, Festschrift für Max Metzner, Hrsg. Ludwig Kastl, Köln, Berlin, Bonn 1963, S. 189 ff.
 - Wettbewerb und Kooperation, WRP 1965, S. 64 ff.
 - Preiswettbewerb bei oligopolistischer Angebotsstruktur, MA 1966, S. 207 ff.
- Steindorff, Ernst*: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht, Schriften des Instituts für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht Frankfurt am Main, Hrsg.: Helmut Coing, Heinrich Kronstein, Hans-Jürgen Schlochauer, Bd. 10, Frankfurt/Main 1959
- Die guten Sitten als Freiheitseinschränkung, in: Summum ius, summa iniuria, Ringvorlesung der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1963
 - Die Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag und Art. 65 § 1 Montan-Vertrag, Overdruck uit „Europees Kartelrecht“, München 1968

- Steiner*, Claus: Organisationsformen „gemeinsamer Vertriebsseinrichtungen“ i. S. v. § 5 Abs. 3 GWB, DB 1969, S. 1131 ff.
- Strickrodt*, Georg: Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1957, S. 75 ff.
- Ulmer*, Peter: „Wettbewerbsbeschränkende Absprachen“ im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen, WuW 1960, S. 163 ff.
- Weber*, Max: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 4. Aufl., 2. Halbband, Tübingen 1956
- Wessels*, Theodor: Über wirtschaftspolitische Konzeptionen des Wettbewerbs, in: Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur, Festschrift für Alfred Müller-Armack, Hrsg. Franz Greiß und Fritz W. Meyer, Berlin 1961, S. 23 ff.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundeswirtschaftsministerium: Gutachten zum Wettbewerbsproblem, Sonderband, Göttingen 1962
- Woll*, Artur: Zur wettbewerbspolitischen Bedeutung der Markttransparenz, in: Theoretische und institutionelle Grundlagen der Wirtschaftspolitik, Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, Quaestiones Oeconomicae, Bd. 1, Hrsg. Hans Besters, Berlin 1967, S. 199 ff.
- Würdinger*, Hans: Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, WuW 1953, S. 721 ff.

Lebenslauf

Am 1. 2. 1941 wurde ich als Tochter der Eheleute Ernst und Ellen Martin in Saarbrücken geboren.

Von 1947 bis 1951 besuchte ich die Volksschule, anschließend das Städt. Mädchenrealgymnasium in Saarbrücken. Dort bestand ich im März 1960 die Reifeprüfung.

Vom Sommersemester 1960 bis zum Wintersemester 1965/66 studierte ich Volkswirtschaft an den Universitäten Saarbrücken und München. Am 30. 6. 1966 bestand ich die Diplomprüfung für Volkswirte an der Universität München. Anschließend arbeitete ich an meiner Dissertation.

Seit 1. 11. 1969 bin ich in der Werbeabteilung eines Elektrokonzerns in München tätig.

Ursula Martin

